

CONCLUSÕES DO



**XXII CONGRESSO NACIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

“Três décadas da Constituição Federal de 1988:
os novos desafios do Ministério Público”

XXII Congresso Nacional do Ministério Público

“TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO”

Belo Horizonte, 27 a 29 de setembro de 2017

Norma Angélica R. C. Cavalcanti

Presidente-Geral

José Silvério Perdigão

Presidente-Executivo

CONAMP

AMMP-MG

BELO HORIZONTE

2017

**TESES APROVADAS NA PLENÁRIA
DO XXII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

SUMÁRIO

I ÁREA CRIMINAL	10
A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL, NO COMBATE AO BIS IN IDEM SOCIAL NA ERA NEOLIBERAL: O FENÔMENO DAS CHACINAS URBANAS ¹	11
– <i>ALEXANDRE MARCUS FONSECA TOURINHO</i>	
– <i>LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR</i>	
INSTITUI O CRIME DE FRAUDE ELEITORAL	18
– <i>ANA MARIA DO AMARAL MARINHO</i>	
A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME PODE SER UTILIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MÉTODO AUXILIAR, NOS JUÍZOS DE DIAGNÓSTICO E PROGNOSE DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO, PARA UM EFICIENTE COMBATE À CRIMINALIDADE	22
– <i>ANALÚ LIBRELATO LONGO</i>	
O INSUSTENTÁVEL CÁRCERE ILEGAL	29
– <i>ANDRÉ SILVANI DA SILVA CARNEIRO</i>	
O BRASIL PRENDE POUCO	39
– <i>CALIXTO OLIVEIRA SOUZA</i>	
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS DELITOS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E REVISÃO DE ENTENDIMENTO VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 19/DF	47
– <i>CAROLINE CHIAMULERA</i>	
PENA DE PRISÃO, DE BECCARIA A FOUCAULT, UM MAL NECESSÁRIO	58
– <i>CLÁUDIA RODRIGUES DE MORAIS PIOVEZAN</i>	
O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE SEUS FAMILIARES CLAMA POR JUSTIÇA, O DO RÉU, PELA IMPUNIDADE	66
– <i>DALVA CABRAL DE OLIVEIRA NETA</i>	
TRES DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	72
– <i>JACKELINY FERREIRA RANGEL</i>	
TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO APLICADAS À ELUCIDAÇÃO DO CRIME DE TORTURA	77
– <i>JOÃO GASPAR RODRIGUES</i>	
A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO/RÉU EM PROCEDIMENTO CIRCULAR RESTAURATIVO COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	87
– <i>MARCELO AUGUSTO RIBEIRO</i>	
DIFUSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ANTICORRUPÇÃO E O RESPECTIVO IMPACTO NA CORRUPÇÃO INCONVENCIONAL	95
– <i>MARCONDES PEREIRA DE OLIVEIRA</i>	
– <i>GABRIELA ALMEIDA DE SANTANA</i>	
TEMPO DE DESPERTAR - PROGRAMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO, RESSOCIALIZAÇÃO E GRUPOS REFLEXIVOS DE HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	101
– <i>MARIA GABRIELA PRADO MANSSUR</i>	
SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CONSELHOS DA COMUNIDADE	112
– <i>PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO</i>	
A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI	131
– <i>RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI</i>	
A POSIÇÃO DE GARANTIDOR E A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO DO COMPLIANCE OFFICER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	143
– <i>ROGÉRIO SANCHES CUNHA</i>	
– <i>RENEE DO Ó SOUZA</i>	
A PROMOTORIA DO JÚRI: PROPOSTAS DE INDICADORES E RESULTADOS NO COMBATE A CRESCENTE CRIMINALIDADE CONTRA A VIDA	147
– <i>ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA</i>	
ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 – NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS	151
– <i>SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO</i>	

REFLETINDO SOBRE O ART. 244B, LEI 8069/1990 – APURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E OUVIDA DO INIMPUTÁVEL COAUTOR DO DELITO NO JUÍZO COMUM	158
– SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO	
A INCONSTITUCIONALIDADE DO PL Nº 7.596/2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS)	165
– TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES	
CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DOSIMETRIA DA PENA-BASE NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI	174
– YTHALO FROTA LOUREIRO	
A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI	181
– YTHALO FROTA LOUREIRO	
A VEDAÇÃO À MENÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO, DURANTE OS DEBATES DO TRIBUNAL DO JÚRI, NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	187
– YTHALO FROTA LOUREIRO	
APOIO, CAPACITAÇÃO E ENSINO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO	196
– YTHALO FROTA LOUREIRO	
A PROVA DE HEARSAY (OUVIR DIZER) NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI	205
– YTHALO FROTA LOUREIRO	

II - ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADA 214

A EFETIVIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A IMPORTÂNCIA DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA AMAZÔNIA LEGAL	215
– ADRIANA PASSOS FERREIRA	
– LOUISE REJANE DE ARAÚJO SILVA	
– GRUCHENKA OLIVEIRA BAPTISTA FREIRE	
A URGENTE E NECESSÁRIA ATUAÇÃO GARANTISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO PARA A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CUIDADOS PARA A PESSOA IDOSA DEPENDENTE.....	221
– ALEXANDRE DE OLIVEIRA ALCÂNTARA	
A RESERVA LEGAL NA MATA ATLÂNTICA E A IN(SUSTENTABILIDADE) DA PRÁTICA DO MANEJO FLORESTAL	227
– ALEXANDRE GAIO	
OS ATERROS SANITÁRIOS DE PEQUENO PORTE E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL SIMPLIFICADO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA 404/2008 E DA RESOLUÇÃO CEMA/PR 094/2014	235
– ALEXANDRE GAIO	
– LETÍCIA UBA DA SILVEIRA MARASCHIN	
– CASSIANA RUFATO CARDOSO	
O REASSENTAMENTO COLETIVO E A INDENIZAÇÃO JUSTA DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS E EXPROPRIADAS POR BARRAGENS	242
– ANA PAULA PINA GAIO	
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO AOS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA	250
– ANA PAULA PINA GAIO	
– ANA CAROLINA BROLO DE ALMEIDA	
UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE DIFUSA	259
– ANDRÉ TIAGO PASTERNAK GLITZ	
ANÁLISE DE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A REPERCUSSÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO INTERNO ESPECIALMENTE NO DIREITO À SEGURANÇA	270
– ANDREA TEIXEIRA DE SOUZA	
– PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS	
AS PREFEITURAS PRIVADAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO FECHAMENTO DE RUAS E DE PRAÇAS	279
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA	
LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS PARA A DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS	284
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA	

A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DEPOIS DO JULGAMENTO PELO STF DO RE Nº 669.069-MG ..	288
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: JACSON RAFAEL CAMPOMIZZI	
O PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA EM FACE DE SERVIDOR NO EXERCÍCIO DE CARGO EFETIVO OU EMPREGO	291
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: MARCOS TOFANI BAER BAHIA	
A LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DOS CONCURSOS PARA CARTÓRIO (ANDECC) PARA A PROPOSIÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	294
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: ANTÔNIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES	
A COMPENSAÇÃO DARESERVA LEGAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	297
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: ANTÔNIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES	
A INCONSTITUCIONALIDADE DA “ANISTIA FLORESTAL”	303
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: GISELA POTERIO SANTOS SALDANHA	
O CADASTRO AMBIENTAL RURAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	308
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: GISELA POTERIO SANTOS SALDANHA	
O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) E O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA INSTITUIÇÃO DA RESERVA LEGAL	311
– AUTORIA COLETIVA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS - MPMG	
DEFESA: ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA	
SEGURANÇA VIÁRIA NO ENTORNO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO CONSTITUI DEVER PRIORITÁRIO DAS GUARDAS MUNICIPAIS	315
– CÁSSIO MATTOS HONORATO	
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	324
– CIRO EXPEDITO SCHERAIBER	
– CRISTINA CORSO RUARO	
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO STF: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL, SÚMULA VINCULANTE Nº 13 E NEPOTISMO	332
– CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE	
– INÊS DA MATTA ANDREIUOLO	
POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NA ÁREA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	339
– CLÁUDIO SMIRNE DINIZ	
– EDUARDO CAMBI	
MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO À CONDIÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO DEVEDOR DOS DE ALIMENTOS	347
– EDUARDO CAMBI	
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MELHORIAS NO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E PROTEÇÃO DO BEM FUNDAMENTAL DA VIDA	354
– EDUARDO JOSÉ FALES DO NASCIMENTO	
EVASÕES DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, COM BUSCA E APREENSÃO JUDICIAL EM CARÁTER EXCEPCIONAL	362
– EPAMINONDAS DA COSTA	
O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	368
– EPAMINONDAS DA COSTA	
AUDIÊNCIAS CONCENTRADAS E A OBRIGATÓRIA “ESCUTA TOLERANTE” DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	371
– EPAMINONDAS DA COSTA	
– FERNANDA PINTO PEREIRA	
DO CASAMENTO E DO DIVÓRCIO POR PROCURAÇÃO	376
– FRANCISCO RAULINO NETO	
GESTÃO INTERDISCIPLINAR E PARTICIPATIVA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS POR MEIO DA SAÚDE NA LINHA DO CUIDADO	381
– FREDERICO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS	

HÁ SALVAÇÃO PARA O SEMIÁRIDO NORDESTINO.....	390
– GERALDO MARGELA CORREIA	
“ALEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA POSTULAR O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA”.....	396
– GUILHERME DE SÁ MENEGHIN	
AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E DE FORTALECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	402
– HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA NÃO OFERTA DE VAGA NO ENSINO OBRIGATÓRIO.....	406
– HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ	
DAS CONSEQUÊNCIAS DO SILÊNCIO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL.....	411
– HUGO EVO MAGRO CORRÊA URBANO	
– ÍTALO JOÃO CHIODELLI	
DA IMPLEMENTAÇÃO E SUPORTE DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO NO SISTEMA EDUCACIONAL PÚBLICO. DISPONIBILIZAÇÃO OBRIGATORIA AOS ALUNOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA SENSORIAL, FÍSICA E INTELLECTUAL.....	418
– ÍTALO COSTA DIAS	
– ELAINE CARVALHO CASTELO BRANCO	
DIRETRIZES PARA A CESSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS.....	425
– LEONARDO DUMKE BUSATTO	
A UTILIZAÇÃO DOS RELATÓRIOS DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA ORIUNDOS DO COAF COMO MEIO DE PROVA NA PERSECUÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS.....	432
– MARIA CLARA MENDONÇA PERIM	
– LETÍCIA LEMGRUBER	
– GUSTAVO ROBERTO CHAIM POZZEBON	
O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O USO DA CANNABIS MEDICINAL POR PACIENTES: ATIPICIDADE DA CONDUTA.....	442
– MARCONI ANTAS FALCONE DE MELO	
AÇÕES POSSESSÓRIAS E CONFLITOS AGRÁRIOS COLETIVOS NA JUSTIÇA ESTADUAL: O PAPEL DA UNIÃO.....	451
– OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO	
– MARIANA SEIFERT BAZZO	
– JEFFERSON DE OLIVEIRA SALLES	
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS DOS POVOS DE TERREIRO.....	460
– PAULO CÉSAR VIEIRA TAVARES	
– MARIANA SEIFERT BAZZO	
IMPACTOS DA ADI 2404 NA POLÍTICA PÚBLICA DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E SEUS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	470
– MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR	
TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO RESPEITO DOS ADOLESCENTES ACUSADOS DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS.....	481
– MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR	
A IMPORTÂNCIA DA UNIÃO DOS ÓRGÃOS QUE ATUAM NA DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	490
– OTÁVIO DE SOUZA GOMES	
A IMPROBIDADE POR OMISSÃO NA CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.....	493
– PATRÍCIA PAULA SANTOS	
SMART CITIES PMO.....	501
– PRISCILA DA MATA CAVALCANTE	
FLAGRANTE DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO COMO EVIDÊNCIA DO DOLO PRESUMIDO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	510
– RUTH ARAÚJO VIANA	
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DOLO PRESUMIDO EM OMISSÃO REITERADA DO GESTOR COMPETENTE PARA ESTRUTURAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE.....	519
– CELSIMAR CUSTODIO SILVA	
– RUTH ARAÚJO VIANA	
ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES DE SAÚDE, POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO E LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO.....	526
– SELMA MAGDA PEREIRA BARBOSA BARRETO	

APLICA-SE A SÚMULA VINCULANTE Nº 13 ÀS NOMEAÇÕES PARA CARGOS POLÍTICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SENDO QUE A INVESTIDURA EM VIOLAÇÃO A ESSE ENUNCIADO, ALÉM DA NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, CARACTERIZA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS (artigo 11 da LIA).....	535
– <i>TÂMERA PADOIN MARQUES MARIN</i>	
JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIOEDUCAÇÃO.....	542
– <i>VANESSA HARMUCH PEREZ ERLICH</i>	
AJUIZAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA ORIUNDA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA PENAL.....	548
– <i>VILSON FARIAS</i>	
O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMAÇÃO PARA EXECUTAR A AÇÃO POPULAR NA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO AUTOR PROPÔ-LA.....	556
<i>VILSON FARIAS</i>	
O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO FINANCEIRO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93.....	564
– <i>VINÍCIUS DE OLIVEIRA E SILVA</i>	
O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (PA) COMO MECANISMO DE TUTELA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS.....	570
– <i>ARION ROLIM PEREIRA</i>	
– <i>WILLIAN BUCHMANN</i>	

III - AS POLÍTICAS INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA..... 578

SAUDADES DO PROMOTOR <i>AD HOC</i>	579
– <i>ANDRÉ SILVANI DA SILVA CARNEIRO</i>	
MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL E PRINCÍPIO FEDERATIVO.....	588
– <i>ANTÔNIO FERNANDES OLIVEIRA MATOS JÚNIOR</i>	
PERDA DO CARGO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE CRIME E DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	594
– <i>CLÁUDIO SMIRNE DINIZ</i>	
MINISTÉRIO PÚBLICO E EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA.....	600
– <i>FRANCISCO RAULINO NETO[1]</i>	
O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE DE ACESSO À JUSTIÇA: INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA E ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO DOS MECANISMOS DE ATUAÇÃO JURISDICCIONAL E EXTRAJURISDICCIONAL DA INSTITUIÇÃO.....	606
– <i>GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA</i>	
– <i>LENNA LUCIANA NUNES DAHER</i>	
– <i>LUDMILA REIS BRITO LOPES</i>	
A DISTORÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO CNMP A NECESSÁRIA DISCUSSÃO SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO.....	612
– <i>HENRIQUE DA ROSA ZIESEMER</i>	
A INOPONIBILIDADE DA GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL ÀS DIRETRIZES DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	618
– <i>HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ</i>	
A DEMOCRATIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DESAFIO PARADIGMÁTICO.....	623
– <i>MÁRCIO SOARES BERCLAZ</i>	
– <i>JULIANO RODRIGUEZ TORRES</i>	
DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NOS ESPAÇOS DE PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO:.....	629
– <i>MARIA CLARA COSTA PINHEIRO DE AZEVEDO</i>	
– <i>DANIELA CAMPOS DE ABREU SERRA</i>	
– <i>HOSANA REGINA ANDRADE DE FREITAS</i>	
– <i>MARIA CAROLINA SILVEIRA BERALDO</i>	
– <i>MONICA LOUISE DE AZEVEDO</i>	
– <i>ANA TERESA SILVA DE FREITAS</i>	
TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DESAFIO DE SE DEFINIR UM NOVO MODELO DE CONCURSO PÚBLICO PARA A SELEÇÃO DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA DO SÉCULO XXI.....	640
– <i>MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI</i>	

ACESSO À JUSTIÇA E CENTRAL DE ATENDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	648
– MÔNICA LOUISE DE AZEVEDO	
– SANDRA MANCINO	
– ALCIDES SANTOS NETO	
O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO	652
– OSWALDO D’ALBUQUERQUE LIMA NETO	
– PATRÍCIA DE AMORIM RÉGO	
– ANTONIA FRANCISCA DE OLIVEIRA	
“BIG DATA”, O KDD E MINISTÉRIO PÚBLICO: A “BUSINESS INTELLIGENCE” A SERVIÇO DA GESTÃO EFICIENTE DAS PROCURADORIAS-GERAIS DE JUSTIÇA E DAS CORREGEDORIAS MINISTERIAIS	660
– PABLO ANTONIO CORDEIRO DE ALMEIDA	
CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS, BEM COMO INTERESTADUAL (MPUXMPE OU MPEXMPE): CONFLITO FEDERATIVO A SER DIRIMIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	671
– ROGÉRIO SANCHES CUNHA	
– RENEE DO Ó SOUZA	
MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO, NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE A EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO MINISTERIAL A PARTIR DE SEU NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL.....	675
– THYEGO DE OLIVEIRA MATOS	
 CONCLUSÕES DOS GRUPOS DE TRABALHO.....	682
 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EDUCAÇÃO: EXPERIÊNCIAS EXITOSAS	683
– COPEDEC - COMISSÃO PERMANENTE DE EDUCAÇÃO	
O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA.....	684

I - ÁREA CRIMINAL

*A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO, COM ATUAÇÃO
NA ÁREA CRIMINAL, NO COMBATE AO BIS
IN IDEM SOCIAL NA ERA NEOLIBERAL: O
FENÔMENO DAS CHACINAS URBANAS¹*

Palavras-Chave: neoliberalismo; exclusão social; Ministério Público.

ALEXANDRE MARCUS FONSECA TOURINHO²
LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR³

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de Direito.

³ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de Direito.

1 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA ERA NEOLIBERAL

Até a primeira metade do século XX, tivemos a preponderância do Estado Social, com crescimento econômico, sensível aumento das condições materiais mínimas de vida das pessoas e adoção de um modelo de regulação social. Nesse papel, o Estado atuava como agente de implementação de políticas públicas, desempenhava funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Naquele clima de “bem-estar”, o Estado era responsável por oferecer ao homem um mínimo de condições para viver com dignidade.

Ocorre que esse papel do Estado, após crises econômicas e a recessão por volta dos anos 70 e 80, passou a ser duramente questionado. O Estado Social gerou descompassos entre a receita estatal e os gastos sociais e entre os salários de trabalhadores e os lucros empresariais. A atividade econômica sofreu retração, o que, conseqüentemente, diminuiu a receita tributária, fazendo com que o Estado perdesse fôlego e força para responder às demandas sociais. O Estado Social entrou em colapso diante de suas limitações.

Assim o neoliberalismo surge como doutrina, representando um conjunto de ideias que visam combater o Estado Social e seus instrumentos de intervenção no mercado e de promoção da justiça distributiva e de bem-estar social. (GOULART, 2013, p.193)

O neoliberalismo, por outra ótica, seria um projeto transnacional que visa refazer o nexo entre o mercado, o Estado e a cidadania a partir de cima, sendo capitaneado por uma nova classe dirigente global em formação, composta pelos presidentes e pelos executivos sêniores de firmas transnacionais, por políticos influentes, administradores estatais e altos funcionários de organizações multinacionais e por especialistas técnicos culturais em suas áreas, como economistas, advogados e profissionais da área de comunicações. (WACQUANT, 2012, p. 31-32)

Na ordem externa, houve o desmantelamento dos controles de comércio exterior, a redução e a consolidação de tarifas e de uma política de câmbio diferenciada. Mas a liberação do fluxo internacional de capital e de divisas, em conjunto com o fenômeno da globalização⁴, tornou a concentração de renda algo nunca visto no cenário histórico mundial.

Portanto, aliada a todas essas características, ora mais próximas, ora mais distantes, a lógica do neoliberalismo é a do Estado mínimo, racionalmente econômico, com um governo baseado em interesses, que passam, em um determinado momento, pela regulação global do poder político com base em princípios de uma economia de mercado, por meio de uma intervenção e vigilância permanente.⁵

Nas palavras de Foucault:

A sociedade regulada com base no mercado em que pensam os neoliberais é uma sociedade na qual o que deve constituir o princípio regulador não é tanto a troca das mercadorias quanto os mecanismos de concorrência. São esses mecanismos que devem ter o máximo de superfície e de espessura possível, que também devem ocupar o maior volume possível na sociedade. Vale dizer que o que se procura obter não é uma sociedade submetida ao efeito-mercadoria, é uma sociedade submetida à dinâmica concorrencial. Não uma sociedade de supermercado – uma sociedade empresarial. O homo oeconomicus que se pretende reconstituir não é o homem da troca, não é o homem consumidor, é o homem da empresa e da produção. (2008, p.201)

Essa ideia é reforçada por Wacquant:

Um princípio ideológico central do neoliberalismo é que ele inclui a implantação de um “governo mínimo”, ou seja, o encolhimento do supostamente flácido e inflado estado do bem-estar social keynesiano e sua transformação em um estado do trabalho social, seco e ágil, que “investe” em capital urbano e “ativa” fontes comunais e apetites individuais em relação ao trabalho e à participação cívica através de “parcerias” que enfatizam a autossuficiência, o comprometimento com o trabalho remunerado e o gerencialismo. Onda punitiva demonstra que, na realidade, o estado neoliberal se revela muito diferente: enquanto, no topo, abraça o *laissez-faire*, liberando o capital de restrições e ampliando as oportunidades de vida para os detentores de capital econômico e cultural, nos estratos inferiores ele é tudo, menos, *laissez-faire*. Na verdade, quando tem de lidar com a turbulência social gerada pela desregulamentação e de impor a disciplina do trabalho precarizado, o novo Leviatã mostra-se ferozmente intervencionista, autoritário e caro. (2012, p. 33)

⁴ Para Ulrich Beck, globalização significa os processos em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais (BECK, 1999, p. 30).

⁵ Para Michel Foucault, sob o ponto de vista político, o neoliberalismo nada mais é do que uma cobertura para uma intervenção generalizada e administrativa do Estado, intervenção tanto mais pesada quanto mais insidiosa e mascarada sob os aspectos de um neoliberalismo (FOUCAULT, 2008, p. 179-180).

Assim, no neoliberalismo, ocorre uma erosão sistemática das instituições públicas, o Estado abandona às forças de mercado e à lógica do “cada um por si” camadas inteiras da sociedade, em especial aquelas que, privadas de todos os recursos, econômicos, culturais ou políticos, dependem completamente dele para chegar ao exercício efetivo de cidadania. (WACQUANT, 2012, p.168)

Pierre Bourdieu fala em distanciamento: os detentores do capital tendem a aproximar-se de coisas e pessoas desejáveis e a afastar-se das indesejáveis, o espaço físico vira o espaço social. A exclusão salta aos olhos, prende os sem capital a um lugar. (2012, p.164)

Esses “excluídos” ou sem capital sofrem a primeira punição do sistema segregador: desprovidos de educação, saúde e cidadania, descambam para a delinquência e, por conseguinte, ficam sujeitos ao aparato penal, invasivo, proativo e em franca expansão. É o extermínio social.

Verani esclarece:

Essa prática de extermínio não é ocasional nem contingencial. Integra um projeto de sociedade, baseado na exclusão econômica e social, na exclusão da vida. A denominada globalização da economia – política baseada no mercado livre e aberto, na desobrigação do Estado pelas políticas sociais, na desfronteirização do capital, sustentada pelo neoliberalismo – radicaliza ainda mais esse extermínio, que se torna fundamental para o sucesso desse projeto econômico global, a fim de produzir a mais intensa e perversa concentração de capital, excluindo-se irremediavelmente a população pobre e oprimida. (1996, p.133)

Esse horizonte neoliberal acarreta o aparecimento do excluído, aquele que não é contado, o descartável que apenas molesta. O excluído vive em um ambiente de violência⁶, das mais variadas formas, e tende a reproduzir essa violência praticando delitos, importunando o sistema.

Essa nova leva de excluídos encontra pela frente um sistema punitivo que, quase de forma mecânica e industrial, julga e condena, gerando o fenômeno do encarceramento em massa. A “mão invisível” do mercado de trabalho precarizado conseguiu seu complemento institucional no “punho de ferro” do Estado, que tem sido empregado para controlar desordens geradas pela difusão da insegurança social. (WACQUANT, 2008, p. 93-94)

O neoliberalismo, dessa forma, tem fomentado no mundo inteiro o aumento da criminalidade, uma vez que camadas inteiras da sociedade, sem opção razoável e de curto prazo, acabam por migrar para o crime. E a resposta do Estado vem na mesma velocidade, reprimendo os “indesejáveis” e colocando-os, em larga escala, nas prisões mundo afora.

2 - O EXTERMÍNIO

Ao lado desse problema, no Brasil, também surge o fenômeno das chacinas urbanas, fenômeno extremamente relacionado com a exclusão social potencializada pelo neoliberalismo.

Os “excluídos” ou sem capital sofrem *a segunda punição do sistema segregador*: desprovidos de educação, saúde e cidadania descambam para a delinquência e, por conseguinte, sem um julgamento pelo aparelho estatal constituído, são condenados e executados pela própria sociedade (grupos de extermínio paramilitares) ou pelo aparelho estatal não legalizado ou legitimado (polícia). É o extermínio da vida propriamente dita. É o que denominamos *bis in idem social*.

Vivemos, portanto, em um tempo de violência sistêmica. Por um lado, violência de negação de direitos fundamentais de uma estrutura social injusta, que empurra o excluído para a prática de violência por meio do cometimento de crimes e, por outro lado, violência também na resposta não oficial do sistema, excluindo (apagando) os indesejáveis.

Para agravar a situação, ainda se verifica o crescente apoio que as ações violentas, oficiais ou não oficiais, têm obtido da opinião pública.

O Instituto Datafolha, a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), realizou recentemente uma pesquisa. Divulgada em 3 de novembro de 2016, essa pesquisa mostra que a maioria dos brasileiros (57%) defende a afirmação “bandido bom é bandido morto”. O índice de concordância sobe para 62% em municípios com menos de 50 mil habitantes, segundo o levantamento realizado.

O resultado é estarrecedor. Constata-se a existência de um ciclo vicioso e deletério, no qual o exercício da violência institucional – legal ou ilegal –, patrocinada pelo sistema penal e que tem por fim último – apesar de não declarar – a manutenção da

⁶ Dornelles define violência como todo ato em que o ser humano é reificado, é tratado como coisa, tratado como objeto, perdendo sua condição de sujeito detentor de direitos, passando a ser “descartável”. Violência, portanto, é todo ato em que o ser humano perde a sua humanidade perante os outros (1997, p.105).

violência estrutural e a repreensão das pessoas e movimentos que buscam reduzir tal violência, acaba gerando mais violência, a ser novamente combatida pelo sistema penal, tudo isso com o apoio cada vez maior da população. (GUIMARÃES, 2009, p.151)

A análise desse fenômeno, identificação de suas causas e exame até que ponto esses atos de violência são legitimados pelo sistema é a ordem do dia.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, identificar a parcela da sociedade que, de fato, é vítima dessa violência institucionalizada. Importa compreender melhor a relação da exclusão social neoliberal com a violência – cometimentos de crime – e a consequente exclusão de fato, a morte.

Também se faz necessário identificar os executores diretos desse “extermínio” no Brasil, que se especificam por sua localização e pertinência social. Inicialmente, visualizamos quatro categorias: o justiceiro, o esquadrão da morte, os grupos paramilitares e as organizações de tráfico. (CRUZ-NETO, MINAYO, 1994, p.209)

Como delimitação do tema, a investigação e compreensão do dito “esquadrão da morte” oriundo da própria Polícia militar brasileira aqueles denominados “turma punitiva da polícia” que agem como verdadeiros “pelotões de execução” merece destaque.

A violência institucionalizada, a desumanização e os rituais de iniciação à cultura policial com cadeias de comando leais e altamente verticalizadas transformam o agente policial em um verdadeiro exterminador. O lema “bandido bom é bandido morto” não se resume a uma ideologia simplória, surgida do povo, mas é um discurso visível de um processo de construção social do extermínio (apagamento de formas de vida inúteis).

Assim, a pesquisa ganha maior importância quando nos defrontamos com o problema da violência, que, além de atingir a todos da sociedade, passa a ser pontual e direcionada a um nicho de excluídos que pagam ao sistema com a própria existência. A violência não para, apenas gira.

Nesse quadro de violência endêmica e pontual, o sistema de justiça criminal deve atuar por meio de políticas públicas a fim de, primeiro, compreender e, em seguida, enfrentar a questão de forma preventiva. Afinal, considerando o alto índice de encarceramento brasileiro, esse mesmo sistema já demonstra ser extremamente eficaz.

Nesta análise, destaca-se a relevância do **Ministério Público** em nosso sistema de democracia, bem como suas atribuições constitucionais, como ator no enfrentamento dessa violência neoliberal.

3 - O AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

O Ministério Público possui origem controvertida. Para uma melhor compreensão da instituição do Ministério Público, é necessário levar em conta razões históricas que suscitaram seu nascimento e seu desenvolvimento até os dias de hoje. Nesse sentido, a evolução do Ministério Público está ligada diretamente à evolução do Estado moderno, notadamente, ao aparato relacionado à prestação da justiça.

A expressão “Ministério Público” nasceu do exercício das funções dos procuradores do rei franceses que, em seus escritórios ou correspondências, tratavam-se como ministério ou função pública, visando distinguir-se da função privada do advogado; de outra sorte, o termo Parquet tem origem no estrado (tipo de madeira) existente nas salas de audiência, onde os procuradores do rei podiam sentar-se lado a lado, com os magistrados.

Em resumo, é nítido que o Ministério Público evoluiu junto com o Estado moderno e que seu fortalecimento é inerente à democracia e ao Estado de Direito.

A finalidade da existência do Ministério Público, diz o próprio texto constitucional, é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Logo a instituição assume a função de defesa da sociedade no regime democrático, instituída pela Carta de 1988. (JATAHY, 2007, p.31)

Dessa forma, com base na própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, voltada para o bem-estar da sociedade, protegendo-a contra terceiros e, em especial, contra o Estado, a sua existência deve ser considerada incluída no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4.º, V, da CF 88). Assim, devemos considerar o Ministério Público como cláusula pétreia. (JATAHY, 2007, p.32)

Nesse sentido, leciona Emerson Garcia:

Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilidade de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional. (2005, p.48)

E continua o autor:

Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (v.g. redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo, e com isto, inviabilizando a sua atuação, que é elemento indicativo de sua própria existência). (2005, p.48)

Por outro lado, a Constituição Federal também dispôs que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Dessa forma, unindo o substantivo “instituição” ao adjetivo “**essencial**”, concluímos que somente o Ministério Público pode desempenhar atividades outorgadas pelo legislador constitucional e infraconstitucional, imprescindíveis para a consecução final da justiça.

Assim, o novo perfil do Ministério Público pressupõe a aferição e a fiscalização de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias ao combate de abusos ou ilegalidades, sempre com o intuito de manter o Estado no limite da Constituição e do direito. Logo, também é de se concluir que, ao Ministério Público, compete também a defesa da ordem constitucional onde quer que ela se encontre ameaçada.

A Constituição de 1988 estabeleceu no Brasil, de forma expressa, o Estado democrático de direito, quando definiu os fundamentos do sistema de separação de poderes, a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, o pluralismo político.⁷

Diante disso, a defesa do regime democrático importa em salvaguardar todos os dispositivos formais da democracia representativa e do conteúdo material da própria Constituição, em especial, os direitos e garantias fundamentais. Essa é uma das funções do Ministério Público brasileiro.

Assim, o Ministério Público é também uma instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade; para tanto, recebeu a função de efetivar esses direitos. O Ministério Público é um dos instrumentos de efetivação de cidadania (RITT, 2002, p.162).

Assim, para que o Ministério Público cumpra sua destinação constitucional, não mais se sustenta o modelo institucional antigo. É preciso avançar com planejamento funcional e em suas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extra jurisdicional. (ALMEIDA, 2008, p.48-49)

Diante dessas árduas incumbências, resta ao Ministério Público tentar aparelhar-se e, ao mesmo tempo, modernizar-se.

Essa instituição, ao longo da história, sempre esteve em mutação, daí também ser chamada agente de transformação social. (JATAHY, 2007, p. 71)

No leque de atribuições conferidas ao Ministério Público, existe o interesse maior e supremo, que é a defesa da sociedade. A razão de ser do Ministério Público é a comunidade, a instituição, quando age, é em nome e em prol da sociedade.

No mundo globalizado neoliberal, o Ministério Público brasileiro vê-se diante de mais problemas e tarefas. A desigualdade social faz surgir novos fenômenos criminais, como as chacinas urbanas, até então, nesses moldes, desconhecidas em nossa sociedade.

Trata-se de enfrentar os novos desafios impostos na era neoliberal, o que requer a construção de novos paradigmas de atuação para o Ministério Público. Essa é, precisamente, a redefinição do papel do Ministério Público.

⁷ Nessa linha, asseverou Eduardo Ritt: “A atuação do Ministério Público brasileiro, portanto, é orientada para a supremacia constitucional e para que o ordenamento jurídico como um todo não seja agredido, ou por abusos de poder e por atos ilícitos de autoridades públicas (inclusive por atos de improbidade administrativa), ou por atos ilícitos do próprio cidadão. Para tanto, utiliza-se da ação penal, da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade e, até mesmo, da representação para fins de intervenção da União e dos Estados, entre outras medidas para manter a legalidade (por exemplo, na defesa do patrimônio público contra os desmandos do administrador público), nos termos do art. 129 da Carta constitucional de 1988” (2000, p. 157).

4 - PARA ONDE SEGUIR O MINISTÉRIO PÚBLICO?

O Ministério Público, além de suas atribuições criminais seculares, enquanto dono da ação penal, também tem o direito de fiscalizar e de exigir a adequação e a melhoria dos serviços de prevenção de crimes e controle de criminalidade, numa forma de controle externo. (Art. 129, VII, da Carta Magna). Pretendemos, justamente, aqui focar a redefinição das atribuições do Ministério Público que fujam ao tradicional, que possam redesenhar seu perfil institucional.

Em um cenário de violência sistêmica, no qual, em decorrência de uma política dita neoliberal, o fosso de classes apenas aumenta e piora, e, além da exclusão social, é verificada a exclusão da vida na sua mais primitiva acepção, o Ministério Público não pode passar ao largo dessa questão. Não se pode conceber o Ministério Público tão somente como mais uma instituição destinada à implementação da jurisdição, uma vez que não estaria agindo de acordo com sua missão constitucional.

Ocorre que, em uma rápida análise, constata-se que o Ministério Público criminal, como agente de transformação social, tem apenas mantido o sistema como está. Como órgão que compõe o sistema penal, apenas combate, na medida do possível, a violência representada pela criminalidade de rua, tosca, a sanguinária.

Um questionamento impõe-se: estaria o Ministério Público, de fato, exercendo suas atribuições como garantidor do Estado democrático de direito, defendendo a inclusão social, a redução do fosso que separa as classes sociais e, claro, enfrentando, por meio de políticas públicas de segurança, o problema da violência urbana?

Para responder a essa pergunta, faz-se necessário aprofundar a compreensão da função político-social do Ministério Público, atualizando seu perfil institucional com novas maneiras de atuação e de inserção social. O Ministério Público preventivo e de acordo com as novas realidades sociais.

5 - CONCLUSÃO

Essas reflexões motivaram a escolha da temática investigada nesta pesquisa. Por isso, nasce o questionamento: de que forma o Ministério Público brasileiro, com atuação na área criminal, pode enfrentar o fenômeno das chacinas urbanas, em uma ordem neoliberal? Assim vejamos:

Um Ministério Público moderno não vinculado a ideais neoliberais deve redefinir seu papel institucional, resistindo, utilizando-se de instrumentos e de mecanismos inerentes às suas atribuições para impedir a eliminação seletiva de indivíduos que sofrem e são punidos por duas vezes, a primeira com a exclusão social e em seguida com a morte (bis in idem social).

A redefinição do perfil do Ministério Público criminal não implica, obrigatoriamente, reformas legislativas. A nova visão depende de uma interpretação atualizada das normas que fundamentam esse órgão, tornando-o um Ministério Público resolutivo, proativo, não apenas demandista.

A ideia dessa tese não é, de pronto, apontar soluções para o problema do extermínio dos grandes centros urbanos brasileiros, mas fomentar a discussão sobre o tema, muita das vezes visto por uma perspectiva equivocada (repressão ao crime como outro qualquer). É trazer à baila a discussão que o Ministério Público não pode e nem deve se restringir a um órgão “confeccionador de denúncias”, mas assumir sua função constitucional de garantidor de direitos, combatendo um sistema segregador, encarcerador e agora de extermínio.

O Ministério Público criminal deve exigir a adequação e a melhoria de serviços de prevenção de crimes por meio do controle externo da atividade policial, considerando-se que foi moldado historicamente para atuar nessa área com o fato já consumado. A participação do Ministério Público criminal é essencial na fixação de uma gestão democrática da segurança pública, apresentando propostas e buscando soluções junto com outros agentes, em especial com a sociedade civil. Portanto, a instituição não deve enxergar o fenômeno crime como fato isolado, mas como algo maior, difuso e mais próximo da realidade.

Em conclusão, a instituição Ministério Público precisa preparar-se para uma atuação preventiva de crimes resultantes de chacinas urbanas com o aprofundamento de estudos das causas sociais da incidência de crimes dessa natureza, atuação que é diferente da atuação tradicional. A prevenção é fator importante para uma melhora na eficiência dos serviços dos órgãos de segurança pública, fomentando um maior diálogo entre os atores envolvidos no processo, como o cidadão, a sociedade, a academia e as polícias para que juntos possam implementar uma agenda positiva para a segurança pública.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CRUZ-NETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, p. 199-212, 1994.
- DORNELLES, Joao Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. Discursos Seduciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 103-120, 2. sem. 1997.
- FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- JATAHY, Carlos Roberto de C. O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- VERANI, Sergio. A globalização do extermínio. Discursos Seduciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 131-139, 1. sem. 1996.
- WACQUANT, Lôic. As duas faces do gueto. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). LoïcWacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012a. p. 11-42.
- _____. Da América como utopia às avessas. In: BOURDIEU, Pierre (Dir.). A miséria do mundo. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012b. p. 167-175.

INSTITUI O CRIME DE FRAUDE ELEITORAL¹

ANA MARIA DO AMARAL MARINHO*

ÍNDICE

Problemática

Meta e Objetivos

Abstract

Metodologia

Proposições e Conclusão Final

Referências Bibliográficas

APROVADA POR UNANIMIDADE

* 22ª. Promotora de Justiça Cível da Comarca do Recife - PE

PROBLEMÁTICA

Como pode o Ministério Público brasileiro exercitar o seu perfil constitucional de Defensor do Regime Democrático na atual conjuntura de institucionalização da corrupção no País?

O atual momento político do País, quando os nossos representantes mergulharam em um verdadeiro mar de lama, com a institucionalização da corrupção generalizada exige uma reprimenda enérgica de combate a essa chaga que crassa a Nação.

Estamos a assistir a degradação moral daqueles que elegemos para representar-nos na vida pública nacional. Esse mal há de ser definitivamente erradicado.

Não podemos tolerar a conduta irresponsável de políticos que fraudam a crença de nosso Povo, Patrimônio Maior de uma Nação.

Nesse embate, entendemos plausível criminalizar a conduta desses detentores de cargos eletivos que, num verdadeiro descaso com a população, enganam os cidadãos que depositam sua confiança nas promessas de campanha.

Tal conduta é de ser considerada, fraude eleitoral e, portanto, punida com o rigor necessário para desestimular pessoas inescrupulosas que, num verdadeiro atentado à Fé Pública, cometem constantes desvios contra pessoas de bem que cumprem a sua cidadania, exercendo o seu direito de voto, cujo correspondente respectivo é o dever de exigir dos gestores públicos, dignidade em sua conduta, enquanto exercitarem os seus mandatos.

É, pois, neste desiderato, que propomos a este Conclave, a punição exemplar dessas condutas criminosas.

META

Combate à corrupção, criminalizando a conduta de detentores de cargos eletivos que não cumprem suas promessas de campanha.

OBJETIVOS:

1. Combater a impunidade;
2. Estimular o surgimento de Lideranças – Cidadãs a candidatar-se à cargos eletivos;
3. Incrementar a credibilidade da comunidade Internacional na potencialidade de nossa Nação;
4. Propiciar a retomada do crescimento, sem descuidar do investimento no Capital Social.

O presente estudo busca analisar um tema até então pouco ou quase não abordado, seja na legislação, na doutrina ou ainda nas construções jurisprudenciais que envolvem o Direito Eleitoral na atualidade, utilizando-se, para tanto, de uma perspectiva de valorização das normas constitucionais sobre a matéria. Seu foco é uma questão até então não debatida na doutrina nacional e internacional, em na jurisprudência brasileira. Cuida-se de um tema que envolve a democracia, o processo eleitoral, a opinião pública e os partidos políticos. Compreende duas partes fundamentais: em um primeiro momento busca-se identificar as premissas que legitimam os princípios constitucionais que estruturam o Direito Eleitoral pátrio, partindo de um norte metodológico descritivo-comparativo, com o fito de construir um substrato para a melhor compreensão da tese; no segundo procura-se traçar um perfil retratar e embasar a identificação dos princípios propriamente ditos, quais sejam: 1. o princípio constitucional da legitimação do Ministério Público eleitoral; 2. o princípio constitucional do livre exercício do mandato; 3. o princípio constitucional da imprescindível participação das minorias no debate e nas instituições políticas; 4. o princípio constitucional da isonomia na disputa eleitoral; e 5. o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral. Sua tônica é a questão jurídica; contudo, permeia-se a interdisciplinariedade de saberes, sobretudo da Ciência Política e da História. As conclusões finais extraídas da pesquisa realizada se encerram na assertiva de que os fundantes principiológicos do Direito Eleitoral de nosso País só são reconhecidos tendo como norte a construção sistêmica do ordenamento constitucional, nos moldes e contornos que se extraem do sistema constitucional e da realidade da democracia nacional. De consequência, se construirão precedentes adequados à embasar as decisões judiciais e administrativas tocantes ao tema, notadamente da Suprema Corte e do Tribunal Superior Eleitoral.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Princípios Constitucionais, Sistema Eleitoral, Corrupção. Impunidade, Mandato representativo. Igualdade eleitoral.

ABSTRACT

The present study seeks to examine a subject until then little or hardly addressed in legislation, doctrine or legal constructions involving the electoral law today, using for this purpose, a perspective of constitutional rules on the matter. Its focus is an issue not discussed in national and international doctrine, in Brazilian jurisprudence. Take care of a theme involving democracy, the electoral process, public opinion and political parties. Comprises two key parts: in first search to identify the assumptions that legitimize the constitutional principles that structure the electoral law of the homeland from a descriptive-comparative methodological North, with the aim of building a substrate for better understanding of the thesis; in the second profiling wanted to portray and support the identification of the principles themselves, which are: 1. the constitutional principle of the legitimacy of the electoral Public Ministry; 2. the constitutional principle of the free exercise of the mandate; 3. the constitutional principle of the essential participation of minorities in the debate and political institutions; 4. the constitutional principle of equality in electoral dispute; and 5. the constitutional principle of specific electoral legality. Your tonic is the legal issue; However, permeates-if the interdisciplinarity of knowledge, especially of political science and history. The conclusions drawn from the survey will close on assert that the Electoral law *princípios* he wrote of our country are recognized as systemic planning building North, constitutional and contours that extract of the constitutional system and the reality of national democracy. Accordingly, you build a criticism of current judicial and administrative decisions touching on the subject, notably the Supreme Court and the Superior Electoral Court.

Keywords: Electoral law. Constitutional Principles, Electoral System, Corruption, Impunity, representative Mandate. Electoral equality.

METODOLOGIA

O estudo procura analisar as principais temáticas que envolvem o Direito Eleitoral na contemporaneidade utilizando-se, para tanto, de uma perspectiva de valorização dos ditames constitucionais a respeito do assunto. Foca as questões polêmicas que vêm sendo debatidas não somente na doutrina nacional e internacional, mas também na jurisprudência brasileira. Trata de temas como a democracia, o processo eleitoral, a opinião pública e os partidos políticos. Divide-se em duas partes fundamentais: a primeira procura identificar as premissas que legitimam os princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro, partindo de uma metodologia descritivo-comparativa, com o objetivo de construir um substrato para o melhor entendimento da tese; a segunda procura retratar e fundamentar a identificação dos princípios em si, quais sejam: 1. o princípio constitucional da autenticidade eleitoral; 2. o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato; 3. o princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas; 4. o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral; e 5. o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral. Seu foco é na questão jurídica; todavia, utiliza-se de conhecimentos interdisciplinares, notadamente da ciência política e da história. A conclusão final extraída da pesquisa realizada pode ser resumida na assertiva de que os fundamentos *princípios* do Direito Eleitoral brasileiro somente podem ser reconhecidos a partir do sistema constitucional positivo, nos termos e limites extraíveis do processo constituinte e da realidade democrática nacional. Por consequência, elabora uma crítica às recentes decisões judiciais e administrativas a respeito da temática, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral

PROPOSIÇÕES

- 1ª) O momento atual do cenário nacional nos convoca a exercer nossa parcela de responsabilidade política;
- 2ª) O investimento no desenvolvimento do País perpassa pelo investimento no seu Capital Humano;
- 3ª) A credibilidade de uma Nação exige o combate efetivo da impunidade;
- 4ª) Não **há crescimento econômico sem punição aos fraudadores da Cidadania**;
- 5ª) Criminalizar a conduta de gestores públicos atentatória à Cidadania é uma imposição necessária.

CONCLUSÃO FINAL

Acresça-se ao Código Eleitoral Art.350-A, com a seguinte redação:

“Art. 350-A: Descumprir o Ocupante de Cargo Eletivo, Promessa de Campanha.

Pena: Reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos e multa no valor de 5 (cinco) a 25 (vinte e cinco) mil reais, que será destinada pela Justiça Eleitoral a um Fundo a ser instituído com destinação à alfabetização política de eleitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do Direito. Op. cit., p.329 e 336-337);
- 2.HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: _____. O conceito de Direito. 4. ed. radução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], p. 299-339, p. 320 e ss);
- 3.ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law, New York, n. 3, p. 572-581, 2005, p. 573; ALEXY, 4;
- 4.Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução: Ernesto Garzón Galdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986]);
5. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, ps.607-630, jan./jun. 2003, p.612. 6;
- 6.ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 86, p. 181186, abr./jun. 1988. 7;
- 7.ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). Princípios constitucionais fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p.929-936, p.936.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME PODE SER UTILIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MÉTODO AUXILIAR, NOS JUÍZOS DE DIAGNÓSTICO E PROGNÓSE DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO, PARA UM EFICIENTE COMBATE À CRIMINALIDADE¹

ANALÚ LIBRELATO LONGO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

*Promotora de Justiça na Comarca de Florianópolis – Santa Catarina

I – JUSTIFICATIVA

O fenômeno da globalização, entendido como um processo complexo de homogeneidade de amplas dimensões da vida dos homens e dos povos (MARTÍN, 2009, p. 605), propicia, fomentado pela tecnologia, a integração econômica e política, o encurtamento das distâncias territoriais e a intensificação das relações humanas. Embora a globalização envolva aspectos sociais, políticos e culturais, sem dúvidas os efeitos econômicos são os que emergem com maior ênfase.

A partir da ideia de geografia globalizada, o velho conceito de Estado, enquanto Poder Soberano, perdeu o comando e abriu espaço para novas ações e relações, em especial para “[...] a consolidação do independente mercado financeiro global, este sim detentor do poder em um mundo globalizado” (COUTINHO, 2000, p. 301). Como consequência da formação de uma sociedade pós-industrial, ou chamada, segundo Ulrich Beck (2010) “sociedade de risco”, marcada pela reflexividade, “[...] convertendo-se a si mesmo em tema e problema” (BECK, 2011, p. 24), surgiram novos conflitos, em especial na seara criminal, fomentados por espaços e meios mais amplos para sua perpetração.

A nova criminalidade, “[...] permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada [...]” (FRANCO, 2000, p. 120), cujos agentes legitimados (Polícia, Judiciário e Ministério Público) nem sempre estão preparados para o enfrentamento, justificando-se o uso de meios interdisciplinares, como o proposto no presente artigo, a partir Análise Econômica do Direito e sua Teoria Econômica do Crime, como método auxiliar nos juízos de diagnóstico e prognose do comportamento criminoso para um eficiente combate à criminalidade.

Partindo dessa premissa, verifica-se que do atual contexto social, político e econômico, emergem “[...] algumas espécies de criminalidade também “globalizadas”, sendo o delito de Lavagem de dinheiro, por exemplo, um caso típico” (MENDRONI, 2015, p. 4). Isso porque, não raras vezes, os agentes delituosos, aproveitando-se das facilidades tecnológicas, em questão de segundos, ultrapassam fronteiras e mascaram o patrimônio ilícito, enviando bens para locais diversos daquele onde o crime foi praticado.

Nesse contexto, de crimes classificados em lucrativos e não lucrativos, imprescindível reconhecer, tal como Gary Becker (1968, p. 3)² já alertou, que o crime lucrativo perfaz um setor produtivo da economia.

Ao tratar do narcotráfico, Carrera-Fernandez (1999, p. 150) preceitua que referida atividade criminosa, identificada como lucrativa, constitui-se em “[...] uma atividade produtiva e comercial de drogas ilegais operada por agentes racionais, que se comportam como empresários no sentido lato da palavra, utilizando-se de capital e trabalho com o objetivo explícito de gerar lucros em atividade onde os retornos superam os retornos médios da economia”.

Além disso, numa perspectiva macro, não se pode olvidar que a criminalidade lucrativa extrapola o âmbito econômico e afeta a sociedade como se um crime praticado com violência fosse. Nesse sentido, entende Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 92):

Partindo-se do fato de ter a ordem constitucional vigente projetado um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais (nela sensivelmente alargados) e implementar a justiça social (por ela almejada), não é difícil concluir que a criminalidade contra a ordem econômica-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social. Enquanto a criminalidade clássica, em níveis endêmicos, é forma enfurecida de protesto, é patologia social, como demonstrado pelo citado psicanalista, a criminalidade econômica gerada pela ânsia de lucros desmedidos, pelo individualismo egoístico, pela falta de solidariedade social é, sem dúvida, causa sociológica desses protestos criminosos, por aumentar a marginalização social.

Assim, percebe-se que, se até pouco tempo apenas os crimes praticados com violência e grave ameaça causavam medo, repugnância e intolerância, atualmente, a sociedade, que preza a alteridade e o futuro nas novas gerações, já enxerga, acertadamente, a criminalidade econômica (lucrativa) como uma conduta inibidora da paz social e catalizadora da escassez de bens tidos como primordiais, sejam eles: segurança, saúde e educação.

Nessa perspectiva de crimes que visam lucro fácil³, afetam a ordem econômica e minam os direitos sociais, é que o estudo acerca dos crimes econômicos carece de abordagem além daquela oferecida pelos postulados da dogmática estritamente jurídica, pois, se o “crime possui um caráter econômico (uma classificação construída pela ciência), é bastante difícil isolá-lo de seu contexto social e das motivações individuais (econômicas)” (OLSSON; TIMM, 2012, p. 113), razão pela qual se apresenta a interdisciplinaridade entre a Ciência Jurídica - que sanciona os comportamentos humanos -, e a Econômica - que faz um exercício de diagnóstico e prognose dos comportamentos, segundo a escassez dos recursos e as necessidades humanas limitadas (MANKWIN, 2001, p. 4) -, como alternativa adequada para o enfrentamento da realidade em questão.

² No original: “[...] *crime is an economically important activity or industry notwithstanding the almost total neglect by economists*”.

³ Segundo OLSSON; TIMM (2012, p. 113) “Seu potencial analítico não está ligado necessariamente a crimes de natureza econômicos, uma vez que a metodologia de análise é iminentemente comportamental.”

A aplicação da Teoria Econômica do Crime, e o seu elemento do custo e benefício, mostra-se viável para um enfrentamento diferenciado da criminalidade, já que pode fornecer ferramental orientador firmado nas consequências das ações individuais e coletivas, a fim de que não se perca de vista que muitas políticas públicas e dispositivos legais alteram os custos e benefícios e, por isso, podem influenciar (incentivar) o comportamento humano, dito racional e individualista, pela Ciência Econômica.

Uma das propostas da Análise Econômica, então, afastando-se, da simples produção legislativa desenfreada como forma de combate à criminalidade, quem vem norteando a realidade brasileira, é obter informações a respeito do sujeito que sofrerá a ação do Estado, para, a partir daí, projetar a atuação do criminoso e, com isso, manipular as variáveis com a inserção de elementos de desestímulo ao crime, dentro de um contexto de gastos limitados.

Como diz STEPHEN (1993, p. 2), “o que a economia está fornecendo aqui é uma estrutura teórica para a análise da lei: um método de dedução de prognósticos a respeito de um comportamento segundo a lei ou um método de dedução de um conjunto de normas para produzir o comportamento desejado.”

Ainda que Direito e Economia apresentem, cada qual, metodologias diversas⁴ e, que na perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED), não se perceba toda a realidade⁵ que possa interessar aos atores jurídicos (Legisladores, Juízes, Promotores de Justiça e outros operadores), a Teoria perfaz mais um método, que não exclui os demais, de observação da realidade, assim como, por exemplo, faz a Sociologia e da Psicologia.

Ivo Gico Junior (2014, p. 13) bem demonstra como a economia permeia decisões cotidianas:

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juris etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual é o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? [...] Por que a nossa taxa de juros é umas das maiores do mundo? [...] Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que os estupradores costumam atacar entre 5h e 8h30min da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? [...] Por que o governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante o recesso e feriados, como o Natal? [...] Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas deles tem sido objeto de estudos por economistas ou cientistas sociais empregando o método econômico.

Segundo Richard Posner (2010, p. 6-7), a Análise Econômica do Direito remonta ao Século XVIII e pode ser dividida em dois ramos, a partir de dois autores. O primeiro, e mais antigo, em 1776, Adam Smith (1983), guarda relação com a análise das Leis que regulavam as atividades explicitamente econômicas e, o segundo, Jeremy Bentham (1979), ocupou-se da análise das Leis que regulavam atividades não mercadológicas.

Desse modo, no primeiro momento histórico, Direito e Economia restavam adstritos aos estudos Econômicos das Leis antitrustes, responsabilidade civil e os custos dos acidentes. Entretanto, com o avanço da matéria realizado por autores como: Guido Calabresi (1984), e os custos sociais dos acidentes; Ronald Coase (1960), e os custos de transação; e Richard Posner (2010), com a maximização da riqueza, a disciplina tornou-se autônoma e passou a ser denominada de Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito, ainda que dividida em diversas Escolas com elementos próprios - como a (i) Tradicional; (ii) Neoinstitucional; (iii) Eleição Pública; (iv) Estudos à Crítica Jurídica (GONÇALVES, 2007) -, de modo amplo, é uma teoria (precisa ser maiúsculo?) que no seu aspecto microeconômico, estuda o comportamento e as decisões humanas, avaliando condutas no exercício de prognose e no emprego de conceitos da Ciência Econômica, para auxiliar na interpretação do Direito, a fim de construir soluções Legislativas ou Decisórias eficientes, considerando a escassez dos recursos versus às as necessidades ilimitadas.

Para isso, a Análise Econômica do Direito parte de elementos metodológicos diversos do ordenamento jurídico, pressupostos iniciais que podem ser absorvidos pelo Direito, tais como: a) os indivíduos são racionais; b) individualistas; c) ponderam os custos e benefícios nas suas escolhas (*trade offs*).

⁴ A Ciência Jurídica apresenta metodologia hermenêutica e aspira alcançar à Justiça, enquanto a Ciência Econômica aborda cálculos matemáticos matemática e pretende chegar à certeza. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 271): “[...] torna o diálogo entre juristas e economistas inevitavelmente turbulento [...]”, especialmente porque a metodologia aplicada pelo Sistema Jurídico é “hermenêutica com aspiração na justiça ao passo que a Econômica implica na matemática com bases empíricas” (LOPES, 2006, p. 271).

⁵ “De qualquer forma, essas limitações não são maiores que as deficiências de qualquer outra teoria que pretenda abordar os sistemas jurídicos e sociais, porque todas as análises são recortes metodológicos de observações da realidade, ou seja, não são a realidade em si (são interpretações simplificadoras e explicativas da complexidade social)” (OLSSON; TIMM, 2012, p. 115).

Quanto à questão da racionalidade⁶, significa dizer que os indivíduos “[...] possuem entendimento amplo dos fenômenos econômicos e usam toda informação disponível para tomar suas decisões” (ARAUJO; SHIKIDA, 2014, p. 34). O individualismo, por sua vez, traduz-se na ideia de que os agentes maximizam a utilidade da decisão, “[...] seja lá o que isso significar para eles” (GICO JUNIOR, 2014, p. 23), de modo que não pode ser confundido com egoísmo, que pressupõe uma motivação apenas de bens materiais (GICO JUNIOR, 2014, p. 23).

A partir da formulação teórica de que os indivíduos são racionais e individualistas, conclui-se que tomam decisões, isto é, enfrentam *trade offs*, cuja fórmula opera-se da lógica de ponderação do custo⁷ e benefício entre as várias opções possíveis, escolhendo aquela que fornece o maior benefício, em detrimento do menor custo. Significa isto dizer que “[...] os custos e benefícios de uma ação o que chamamos de incentivos” (GICO JUNIOR, 2014, p. 34) são elementos essenciais e, quando se deseja entender o comportamento criminoso, deve-se considerar que a decisão pela prática do crime é influenciada segundo os incentivos e o sopesamento entre os custos e os benefícios pelos agentes.

Dentro desta lógica, Gary Becker⁸, com seu artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), cunhou nova abordagem acerca da Análise Econômica aplicável à criminalidade, ao afirmar que o ato criminoso decorre de uma avaliação racional em torno dos benefícios e custos esperados, comparados aos resultados da alocação de seu tempo no mercado de trabalho lícito.

A Teoria Econômica do Crime aplicada pelo economista foi inovadora, porquanto, até então, nos anos 50 (cinquenta) e 60 (sessenta), as discussões eram dominadas por Teorias Criminológicas que sustentavam, em geral, que o ato criminoso era causado por doenças mentais, patologias genéticas, anomias e opressão social. Gary Becker, rompendo com esse paradigma da motivação do agir criminoso e da lógica jurídica punitiva centrada no lema “mais pena menos crime”, inseriu o sujeito dentro do contexto econômico e afirmou que a conduta criminosa visa à lucratividade, seguindo o binômio custo x lucro.

A decisão pelo crime assemelha-se, para Becker, a outras tomadas de escolhas pelo indivíduo durante seu dia a dia. Na visão do autor⁹, os indivíduos sempre buscarão a maximização dos resultados decorrentes do ato criminoso, a partir de uma avaliação racional dos benefícios e custos, comparados aos resultados do dispêndio de seu tempo no mercado legal. O agente criminoso passa a ser tratado como se “empresário” fosse, dedicando-se à atividade criminosa em razão dos potenciais benefícios a serem recebidos.

Cada indivíduo que planeja cometer um crime, para Becker, contrapõe a probabilidade (percebida pelo indivíduo) de ser preso, sofrer condenação e suportar a severidade da pena, versus a projeção de ganho com um trabalho legal, decidindo, a partir dessa equação, cometer ou não o crime (BECKER, 1962).

Mais tarde, Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 25) igualmente se debruçaram sobre o uso das ferramentas da economia para, antecipadamente, conhecer os efeitos das sanções sobre o comportamento, associando-as à ideia de preços:

Para economistas, sanções são como preços, e presumivelmente, as pessoas respondem a elas de forma muito semelhante a como responderiam aos preços. As pessoas respondem aos preços altos com um consumo menor dos bens que estão mais caros, então, presumivelmente, as pessoas respondem às sanções mais pesadas fazendo menos a atividade que é sancionada.

No mesmo sentido, abordando a Análise Econômica do Crime, os autores Pery Francisco Assis Shikida e Thiago Bottino do Amaral (2014, p. 305), explicam:

Nesse contexto, a Análise Econômica do Crime baseia-se fortemente na relação delito-punição como determinante da taxa criminal, em que a eficácia policial e judicial relaciona-se com a possibilidade dos benefícios da atividade criminosa suplantarem seus custos e compensarem o risco estipulado. Por isso, o objetivo da sociedade é tornar nulo o retorno lucrativo médio do empresário criminoso e/ou aumentar o risco dessa atividade - nesse caso, “ausência do crime pode ser definida como segurança”. Ou seja, a sociedade não criminosa, procura maximizar os custos da atividade infratora e/ou minimizar seus lucros. A conclusão de que o crime não deve compensar é a solução ótima a ser perseguida.

⁶ Considera-se os indivíduos racionais de forma limitada, porque não significa que eles não errem ao tomar decisões, tendo em vista a assimetria de informações. Segundo Daniel da Silveira Menegaz (2012, p. 22): “A capacidade sensorial de cada um limita a quantidade de decisões possíveis dos caminhos que se podem seguir”.

⁷ Os custos devem ser entendidos não unicamente em seu sentido econômico, mas como algo que a sociedade perde, deixa de ganhar, ainda que exclusivamente em relação ao bem estar e utilidade. (OLSSON; TIMM, 2012, p. 117).

⁸ Prêmio Nobel de Economia, em 1992, como reconhecimento das suas pesquisas na área comportamental e criminológica com o auxílio da Teoria Econômica.

⁹ Na tradição de Becker, Burdett (1999) reafirmou que as ações ilícitas dos criminosos pressupõe uma avaliação individual da relação custo e benefício em delinquir.

Becker, ao contrário da visão utilitarista de Jeremy Bentham (1979), segundo a qual seria possível exterminar a prática do crime na sociedade, defendeu que o objetivo do Estado deve ser reduzir ao máximo o custo social do delito e alcançar a sua quantidade ótima, assim entendida como aquela concretizada quando os custos sociais do crime não ultrapassarem os custos com o policiamento, julgamento, punição, entre outros.

Esse ótimo social, por mais que pareça absurdo admitir, então, não será a eliminação total dos crimes, de forma que a situação ideal surgirá a partir do sopesamento das relações entre a oferta e demanda do crime versus o custo social da segurança pública.

Desse modo, considerando que os agentes calculam os custos e benefícios “[...] e que se o preço a ser pago pelo crime for baixo, há um estímulo para o consumo” (OLSSON; TIMM, 2012, p. 119), a decisão pelo crime, então, depende de três variáveis: a) o tamanho da recompensa proporcional pelo cometimento do crime (benefícios consistem nos ganhos monetários e psicológicos); b) probabilidade de ser preso e condenado; c) o rigor da pena a ser cumprida (custos associados à reprovação moral do grupo e da comunidade em que vive) (BECKER, 1968).

Segundo Posner (2010), o indivíduo comete um crime porque os benefícios esperados excedem os custos projetados. Os benefícios classificam-se como tangíveis, ou seja, aqueles advindos dos crimes pecuniários, e intangíveis, isto é, aqueles oriundos de crimes passionais. Os custos, por sua vez, contemplam várias despesas além das monetárias, tais como os custos de oportunidade do tempo do criminoso e os custos esperados da punição criminal. “Os custos de oportunidade do crime poderiam ser aumentados e, portanto, a incidência da criminalidade reduzida, reduzindo o desemprego, o que aumentaria os ganhos com o trabalho legal”. (POSNER, 2010, p. 278)

Na proporção acima referida, na visão do criminoso, quanto maior for a probabilidade de ser preso e condenado (certeza da punição e reprimenda desestimulante), mais elevado será o custo do crime, ou, quanto mais o Estado dificultar o recebimento do benefício com o crime, dentro de um limite ideal de gastos, maior será a taxa de eficiência na redução do custo social.

De acordo com Viapiana (2005, p. 15) os estudos já realizados mostram que quanto maior for a percepção sobre a probabilidade de o indivíduo ser preso e condenado, mais elevado será o custo do crime. O fundamento é a dissuasão dos crimes por meio do efeito incapacitante e simbólico exercido pela certeza, celeridade e severidade na aplicação das penas.

Muitas pesquisas seguiram-se à edição do artigo seminal de Gary Becker. Entre essas, algumas delas, embora desenvolvidos no exterior, bem ilustram a aplicabilidade da Análise Econômica do Crime à realidade brasileira.

O jurista e economista americano James McGill Buchanan (1973) abordou o modelo da escolha racional, com enfoque para o crime organizado. A instigante análise além de, pioneiramente, comparar o crime organizado ao modelo de monopólio empresarial, demonstrou como o crime organizado ocupou o espaço do governo, passando a ofertar bens e serviços sociais.

Nessa esteira, trazendo uma nova ideia acerca do que hoje, no Brasil, denominam-se organizações criminosas, Grossman (1995) foi além e afirmou que a existência da “Máfia”, no papel de provedora alternativa de serviços ao setor privado e competindo com o governo na cobrança de impostos e produção de serviços, pode ter um efeito benéfico por moderar tendências e a qualidade da oferta de produtos por parte do governo, além de influenciar até mesmo, de maneira paradoxal, na prática da corrupção.

COOETER E ULEN (2010), ao analisar a economia das drogas e a política norte-americana de combate ao referido crime, alertam que as ações de combate, se não forem criteriosas, podem “[...] causar mais crimes, não menos” (2010, p. 527), exortação que deve ser transportada para a realidade brasileira. Veja-se que, via de regra, o combate ao narcotráfico (apreensões, por exemplo) leva a uma restrição da oferta de drogas e, conseqüentemente, a um aumento do preço. Pelas conclusões dos autores, uma política de combate terá conseqüências diferentes, de acordo com a qualidade dos consumidores: ocasionais ou dependentes. Se o mercado for formado essencialmente pelos primeiros, a demanda será elástica e o aumento do preço culminará no consumo em menor quantidade. Todavia, ao contrário, para os dependentes, a demanda permanecerá inelástica, já que o aumento do preço não afetará o consumo que não é controlado diante do grau de adicção.

Nesse contexto, os autores identificam o efeito perverso das políticas que aumentam os preços das drogas para os dependentes, porque levam ao aumento dos valores que esses gastarão para comprar drogas. “Os maiores gastos dos dependentes significam que estes cometem mais crimes para obter mais dinheiro para comprar drogas”. (COOETER; ULEN, 2010, p. 527).

Percebe-se, pois, a partir dos exemplos citados o quanto a análise econômica do crime pode auxiliar o Ministério Público, e os demais operadores do direito, no combate eficiente à criminalidade.

II - CONCLUSÃO

Num cenário de constantes transformações políticas, econômicas e sociais, impulsionado pela globalização e pelos efeitos de uma “sociedade de risco”, o eficiente combate à criminalidade pressupõe o conhecimento acerca das motivações do comportamento do agente criminoso.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Crime apresenta-se como método auxiliar na obtenção de informações a respeito do sujeito que sofrerá a ação do Estado, para, a partir daí, projetar a atuação do criminoso e, com isso, manipular as variáveis com a inserção de elementos de desestímulo ao crime, dentro de um contexto de gastos limitados.

Dessa forma, a Análise Econômica do Crime permite projetar a melhor atuação do Estado na elaboração da política de combate à criminalidade, a partir da compreensão do padrão racional, maximizador dos resultados e ponderador dos custos e benefícios.

Como resultado, a abordagem econômica pode indicar o nível ótimo da probabilidade e gravidade de punições para diferentes delitos e ofensores. Pode também indicar o nível ótimo de segurança que pode ser alcançado, a partir dos investimentos no sistema de justiça.

Assim sendo, propõe-se a tese nos seguintes termos: A análise econômica do crime pode ser utilizada pelo Ministério Público como método auxiliar, nos juízos de diagnóstico e prognose do comportamento criminoso, para um eficiente combate à criminalidade.

ADITIVO NO ÚLTIMO PARAGRAFO

A necessidade de implementação de novas ferramentas práticas.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). Direito e Economia no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 34-73.
- BORILLI, Salete P.; Shikida, Pery F. Assis. Economia e Crime: Um Estudo Exploratório na Penitenciária Industrial de Guaraçuva e Cadeia Pública de Foz de Iguaçu (PR). Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr.-jun.2003.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: The Journal of Political Economy. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. Disponível em:
<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf> Acesso em: 1 jul. 2016
- BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. Trad. Luiz João Baraúna. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BUCHANAN, J.M. A Defense of Organized Crime? In The Economics of Crime and Punishment. Washington: Rottenberg, S. American Enterprise Institute, p. 119-132, 1973.
- BURDETT, K. LAGOS, R; WRIGHT, R. Crime, Inequality an Unemployment. London School of Economics, university of Essex, and University of Pennsylvania, 1999.
- CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidade civil. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1992.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. Law & Econ, v. 3, p. 1-44, oct.1960. Disponível em:<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Trimestral, Ano 8, n. 32, out-dez, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5ª ed. Porto Alegre, Bookman, 2010.

ESPÍRITO SANTO, Ana Priscila do; FERNANDEZ, José Carrera. Criminalidade sob a ótica do presidiário: o caso da Penitenciária Lemos Brito, na Bahia. Revista Desenhahia, Salvador, n. 9, p. 233-258, set. 2008.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Trimestral, Ano 8, n. 31, jul-set, 2000.

FERNANDEZ, José Carrera. A economia do narcotráfico: uma abordagem a partir da experiência Boliviana. Revista Nova Economia. Belo Horizonte, n. 2, v. 9, dez. 1999.

GICO, Ivo Junior. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). Direito e Economia no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 1-31.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: Conferência Nacional da ALACDE, 11, 2007, Brasília. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

GROSSMAN, H. I. Rival kleptocrats: the mafia versus the state. The Economics of Organised Crime. Ed. Cambridge University Press e CEPR, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Sociais: Teoria e Prática. São Paulo: Ed. Método, 2006.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MANKIW, G. Introdução à Economia. São Paulo: Thomson, 2005

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de dinheiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. Lavagem de dinheiro: os Mecanismos de Controle penal na justiça federal no combate à criminalidade. Curitiba: Juruá, 2012

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do crime no Brasil. In BOTTINO, Thiago; MALAN, Digo (Coord.). Direito Penal Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POSNER, Richard. A. A Economia da Justiça. Trad. Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; BORILLI, SALETE, P. Economia do crime: Um Estudo Exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz do Iguaçu (PR). Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v. 34, n. 2. p. 328-346, abr-jun. 2003.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Botini do. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). Direito e Economia no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 296-338.

STEPHEN, Frank H. Teoria econômica do direito. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: AGE, 2006.

*O INSUSTENTÁVEL CÁRCERE ILEGAL*¹

(Nem tão óbvio assim)

ANDRÉ SILVANI DA SILVA CARNEIRO

“Ainda que a sociedade esteja, justificadamente, indignada com a notícia dos crimes em comento, a exigir resposta adequada do Estado, também deve compreender que a credibilidade das instituições somente se fortalece na exata medida em que seja capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e julgamento dos delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais em jogo.”²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² STF. 2ª. Turma. HC 127186/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28/04/2015 (Info 783).

* 23º Promotor de Justiça Substituto de Recife - Pernambuco

1. EXPOSIÇÃO

1.1. Introdução

Apenas mais um pouco de reflexão acerca do intrincado sistema prisional brasileiro, a partir de um olhar acerca do dever constitucional de fundamentar, especialmente aquele que alcança o Ministério Público, com um incômodo desafio central: o de buscar compatibilizar o poder de prender do Estado com os direitos e garantias fundamentais que alcançam também o indivíduo preso.

Trata-se da constitucional incumbência ligada à tutela de direitos fundamentais pelo Ministério Público, inserta no art. 127, da Constituição Federal, cuja análise aqui é restrita à atuação no processo penal. Examina-se a forma pela qual o Parquet promove a defesa de tais basilares direitos em sua função de custos legis no processo em que também é parte autora.

Sob tal limitada ótica, a observação naturalmente recai na cotidiana atuação do membro com atribuições na área penal, embora haja iguais reflexos no âmbito da infância e juventude. Sem ignorar a importância de sua performance extrajudicial na defesa dos mesmos direitos e garantias fundamentais, o Ministério Público normalmente se utiliza de outros instrumentos mais amplos, ali se notabilizando o inquérito civil público.

Justifica-se o presente enfoque na atuação processual penal do Ministério Público, porque a despeito de tão honrosa incumbência pela Constituição Federal, e porque tal missão alcança de modo frontal a atuação criminal, tem sido incipiente a ação institucional neste campo, passando despercebidos até mesmo gritantes e recorrentes abusos, ficando esquecida ou relegada a modestas situações pontuais a defesa de direitos e garantias fundamentais, como se tal mister fosse incompatível com a promoção da ação penal ou com um dos papéis ali exercido: o da acusação.

É possível que isso decorra de uma certa atrofia da condição de custos legis do membro do Ministério Público no processo penal, naturalmente inclinado a buscar, desde a sua mais tenra origem, o encarceramento, pelo clássico papel de acusador.

E a inexorável consequência disso tem sido a constatação de uma reiterada e histórica violação de direitos e garantias fundamentais pelo Estado, consentida por omissão pelo Ministério Público, o que se constata em aspectos de violação formal e material, estas últimas que sorrateiramente norteiam a realidade dos piores abusos.

Na forma, por exemplo, omite-se quando mesmo se posicionando favoravelmente à liberdade do indivíduo por entender caracterizado excesso de prazo, mantém-se inerte ante a negativa judicial do direito – direito à liberdade, direito fundamental. Do ponto de vista da transgressão material, nos casos em que, embora irretocáveis as razões processuais à manutenção da prisão, o local reservado ao cumprimento da medida avilta a dignidade humana, mas o Ministério Público silencia e nada é feito a este respeito.

A falta de compreensão e interesse, dos que atuam na área criminal, sobre a importância de se dar efetividade plena a missão constitucional de defesa de direitos e garantias fundamentais, parece decorrer de uma série de distintas razões: acomodação a interesses do Executivo; receio da opinião pública; visão distorcida do tema; complexidade do problema; descrença ou desconhecimento das alternativas, etc.

Que toda prisão ilegal é juridicamente insustentável, isto parece mesmo óbvio. O que não é tão evidente assim é a consequência prática disso, quando estabelece a Constituição Federal que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (Art. 5º, LXV, CRFB).

Assim, a oportunidade conferida pelo XII Congresso do Ministério Público de Pernambuco, ainda mais com a expressa proposta de se pensar o futuro, pode ser um desses momentos para se “traçar novas estratégias de atuação” na busca de mais justiça social e respeito aos direitos humanos, ainda que pelo simples cumprimento do dever de ofício, fruto de mandamento constitucional.

1.2. Brevíssimo enfoque da questão carcerária

Embora sejam realmente notórias as aviltantes condições em que se encontra a maioria de nossos estabelecimentos prisionais, especialmente aqueles mantidos pelos estados da federação, entende-se como necessário o presente destaque. Sobre o Estado de Pernambuco:

“Falar do sistema penitenciário do Estado é falar de contas que não fecham. De acordo com dados da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos e do Sindicato dos Agentes Penitenciários, existem 30.028 detentos no Estado para 10.967 vagas nas unidades carcerárias. O déficit é de nada menos de 19.061 vagas. Quando se sai da calculadora para a realidade, o que se vê é um barril de

pólvora diariamente pronto para explodir com rebeliões que resultam na fuga de presidiários ou no confronto entre detentos, policiais e agentes penitenciários.

As rebeliões e as mortes causadas por elas – só em 2016, o registro foi de 43 assassinatos dentro do sistema prisional – foram frequentes nos últimos dez anos. Se por um lado elas não despertam a solidariedade de parte da sociedade, que se guia pela lógica de que “bandido bom é bandido morto”, por outro, chamaram a atenção internacional.”³

Observe-se que, somente no ano de 2013, segundo dados oficiais da Secretaria de Ressocialização do Estado de Pernambuco, foram apreendidas, entre os internos do Aníbal Bruno, quatro armas de fogo, aproximadamente 814 facas artesanais/industriais, 380 chips de celular, 459 carregadores para celulares, 73 kg de maconha, 8kg de crack, 350 gramas de cocaína e 560 comprimidos psicotrópicos.

As denúncias, em geral, apresentadas até mesmo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, incluem: “espancamentos, choques elétricos, uso de cães para morder e/ou provocar feridas, ameaças de morte, tentativas de homicídio por meio de armas brancas e punhais, uso indiscriminado de balas de borracha e bombas de gás lacrimogêneo por parte de agentes penitenciários, chaveiros e outros internos, e violência sexual contra internos, de maneira individual e também coletiva.” Os “chaveiros”, destacados entre os presos mais perigosos e influentes, eram mais de 200 (duzentos) e detêm até mesmo funções disciplinares, sendo autorizados por funcionários públicos, com controle sobre diversas celas, pavilhões e os próprios presos. É a superlotação que leva a anomalia de todo o sistema prisional, favorecendo o aumento da criminalidade e da violência, dentro e fora dos estabelecimentos.

A problemática em torno do sistema prisional no Brasil está mesmo inserida em uma realidade sistêmica e histórica.

Relatório oficial da Secretaria de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco, datado de 14 de setembro de 2014, apresenta a situação caótica das unidades prisionais de todo o Estado, quanto ao número de vagas e quantidade de presos. Para mencionar apenas o problema da superlotação, destacam-se o Presídio de Igarassú que, com apenas 426 (quatrocentos e vinte e seis) vagas, apresenta um número superior a 3.500 (três mil e quinhentos) presos; o Centro de Observação Criminológico e Triagem – COTEL, com somente 311 vagas, mas com 2.759 encarcerados; e a Penitenciária Agro-industrial São João, com 630 vagas e 2.080 custodiados. O total de presos em todo o Estado, quando do relatório citado, era de 30.586 pessoas, para um total de vagas limitado a 16.855, num modelo que apenas promete se agravar. Todos estes números falam por si e parecem dispensar maiores comentários.

Nesses estabelecimentos não controlados pelo Estado, até os disputados espaços para dormir são objeto de comercialização e assim mesmo é necessário o revezamento entre os presos, tamanho aperto no recinto, a ponto do próprio refeitório haver sido desativado e encampando, há anos, apenas para servir de dormitório amontoado de presos.

É notório que tais presídios, em especial os situados na Região Metropolitana do Recife, de há muito, ou desde sempre, desafiam a todos a uma permanente reflexão acerca das condições em que ali se coloca a dignidade humana, considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se do desrespeito a direitos e garantias fundamentais que não podem ser afetados nem mesmo com a condenação.

No caso dos logradouros que servem à Região Metropolitana do Recife, inclusive o denominado COTEL (de acolhimento oficialmente provisório), a realidade é frequentemente exposta à sociedade, não se limitando ao conhecimento restrito dos operadores do direito, tornando inequívoca a compreensão sobre a total impropriedade do sistema, especialmente no que se refere ao caráter ressocializador da pena que, tanto ou mais que o aspecto retributivo, deve receber as reformas necessárias para que se torne efetivo, o que está longe de ocorrer.

Assim, em sentido contrário ao desejado por todos, vê-se há tempos os nossos estabelecimentos prisionais serem chamados de universidades do crime. Eles aumentam em número, tanto o quanto crescem em péssimas condições gerais: o país dispõe de mais de 1.478 presídios e aproximadamente 550.000 pessoas encarceradas, o que em números absolutos representa a quarta maior população carcerária do mundo: EUA (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (680 mil).⁴

Agrava a preocupação o fato de que há um número elevado de presos provisórios no Brasil, chegando ao percentual de 42,5% da população carcerária total. Todavia, em Pernambuco esse percentual gira em torno de 58,7% e em estados como Maranhão, Bahia, Sergipe e Piauí, passa de 70%.

³ <http://www.jb.com.br/juventude-de-fe/noticias/2014/01/10/a-violencia-nos-presidios-tambem-e-culpa-nossa>

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen). Jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={FBE363-0DC94BAD90660B8335BED0A6}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 18 fev.2012

No caro e ineficiente modelo brasileiro, apenas uns poucos não voltam a delinquir e mesmo o eventual resultado positivo não se pode atribuir de maneira alguma ao sistema penitenciário, mas ao acaso ou circunstâncias desconhecidas, dêz que não são oferecidos ambiência e nem ferramentas de ressocialização. Ao contrário, ali as lideranças da criminalidade encontraram material humano farto para cooptar e, assim, retroalimentar o crime organizado.

A inexistência de efetivo controle estatal, com o caos instalado pela superlotação absurda, permite que os presos (alguns) estabeleçam suas próprias regras no interior dos estabelecimentos prisionais, o que tem proporcionado cenários os mais cruéis em todo o país e ainda o aumento e a permanência do controle da criminalidade no lado de fora. Apenas em 2013 foram pelo menos 218 brutais homicídios de indivíduos que se encontravam sob a tutela estatal, em instituições que deveriam estar sob o domínio do Poder Público, permanentemente.

As barbáries apresentadas constantemente pela imprensa nacional e internacional já soam à sociedade e a maioria dos operadores do direito, como algo aceitável ou, o que é pior, qualquer coisa que deva ser ignorada e relegada ao esquecimento, ou porque se acredita não haver solução ou porque enfrentar o problema não interessa.

Como pontua Walmyr Júnior, graduado em História pela PUC-RJ, em artigo publicado⁵:

“A crise carcerária só poderá ser resolvida quando a sociedade e os políticos tiverem vontade de solucionar o problema. Para isso acontecer, é preciso acabar com os preconceitos em relação aos presos e aos ex-presidiários. É preciso criar mecanismos para que aquele jovem, ou adulto, encarcerado possa ser reabilitado. É preciso tratá-lo como ser humano.”

É preciso que se diga que a questão respeitante à superlotação dos estabelecimentos, embora por si só muito grave, não é o único dos problemas que se verifica existir e a se agravar, tanto em relação aos próprios presos, visitantes e agentes penitenciários, como relativamente à própria sociedade que se recusa ou que não está preparada ao enfrentamento racional (único possível) em torno do sistema penal, notadamente no que tange à ressocialização. “A violência nos presídios também é culpa nossa” - Artigo publicado no Jornal do Brasil - 25 de setembro de 2014.

Em um ambiente de regras internas próprias, impostas pelos mais fortes e poderosos, corpos e mentes são violentados diuturnamente e também vidas são ceifadas das formas mais cruéis e chocantes que se possa imaginar. O tráfico de entorpecentes impera, tal qual o comércio ilegal de todos os tipos de utensílios e coisas as mais diversas, pois nem sobre as questões mais elementares o Estado não tem o menor controle. Mata-se; morre-se; estupra-se; escraviza-se; adoce-se, tudo por causa da ilegalidade, que muitos dos operadores do direito estão a cancelar diuturnamente com uma cômoda omissão, pois não há fundamento jurídico válido para tamanha barbárie.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos pontifica que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, ao passo que “Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos”, além de dispor de igual preceito, dispõe que “todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. A Carta Magna brasileira, em seu artigo 5º, incisos III e XLIX, veda a utilização da tortura ou o tratamento desumano ou degradante, assegurando também aos presos, o respeito à integridade física e moral.

Desse modo, em maio de 2014, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB denunciou formalmente a situação vexatória dos presídios no Brasil e, em particular dos estabelecimentos pernambucanos, em documento publicado em Recife e enviado à Presidência e à organizações de direitos humanos, vendo-se que “Em várias visitas feitas já esse ano a essas unidades os representantes da OAB constataram a quase total ausência de médicos, enfermeiros e dentistas, entre outros profissionais da área de saúde; o pequeno número de agentes penitenciários; a falta de assistência social para os presos e para os seus familiares; a ausência de defensores públicos; a ausência de trabalho para os presos e, em síntese, o total desrespeito à Lei de Execução Penal que prevê medidas concretas para o cumprimento das medidas legais” (cartamaior.com.br).

De outra banda, a agravar a exposição do Estado brasileiro também no cenário internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de maio de 2014, emitiu uma Resolução com uma série de medidas provisórias a respeito do Brasil, dado as vexatórias condições do Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco, que hoje está fracionado em três unidades prisionais: Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros - PJALLB; Presídio Marcelo Francisco de Araújo - PAMFA; e Presídio Frei Damião de Bozzano – PFDB.

Como se vê, as condições em que se opera a restrição da liberdade no Brasil desafiam os operadores do direito à adoção de ações efetivas de enfrentamento dessa problemática. Impõe-se, no contexto conhecido e continuamente agravado, um (re) exame decorrente de imposição jurídica constitucional.

⁵ Aury Celso Lima Lopes Junior – jurista gaúcho especialista em Direito desde 1993 pela UFRS; professor da Fundação Universidade Federal do Rio Grande de 1993 à 2003 e da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, desde 2000; autor de diversas obras jurídicas.

Afinal, há alguma razão, seja lógica ou jurídica, para a manutenção de um indivíduo em cárcere que viola direitos humanos? Se está sendo perseguida, reflita-se sobre o que Aury Júnior alerta:

“Enfim, você pode impor uma pena privativa de liberdade, mas não está autorizado a humilhar, enxovalhar, bestializar o preso. O senso comum de ‘quanto pior, melhor’, é de uma imbecilidade imensa. Se não compreendem pelo discurso do respeito à dignidade, que pelo menos se deem conta de que vamos pagar essa (altíssima) fatura de outra forma. Estamos tratando-os como bichos e eles vão sair (nos) mordendo...”⁶

1.3. Custos com o sistema penitenciário

Não obstante serem controversas as questões ligadas aos custos com o sistema prisional no Brasil, há diversos levantamentos que tornam inequívoco o entendimento de que são elevados os gastos com a construção e manutenção de estabelecimentos prisionais, o que envolve a aquisição de áreas e construção de edificações enormes; equipamentos complementares diversos; veículos automotores aos montes; alimentação; equipes de pessoal diversificadas e qualificadas; medicamentos; água e energia elétrica.

Para pesquisadores, tanto de segurança pública quanto de educação, o contraste de investimentos explicita dois problemas centrais na condução desses setores no país: o baixo valor investido na educação e a ineficiência do gasto com o sistema prisional, que além de tudo não preza pela ressocialização. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), de dezembro de 2012 (último dado disponível) o Brasil tinha à época 548.003 presos, sendo que tal número apenas cresce, somando quase o dobro da população que o sistema está estruturado para receber: 300.000.⁷

Em Pernambuco, as obras para a construção de um presídio em Itaquitinga, com capacidade para três mil presos, estão paradas há anos. Os custos da parceria público e privada – PPP, giram em torno de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais). Os trabalhos só iniciaram em junho de 2010 e o final da obra estava previsto para outubro de 2012, foi adiado para 2013 e não deve terminar em 2017, devido a complexas questões financeiras e jurídicas pendentes (⁸). Fala-se num custo da ordem de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) apenas com a manutenção desse novo estabelecimento.

Mas, a construção de novos estabelecimentos só promove o crescimento dos custos com a manutenção do sistema e a reprodução dos mesmos intoleráveis problemas decorrentes.

Finalmente, a questão mais grave em tudo é que tais gastos representam ao final um desperdício incomensurável de energia e de dinheiro público, já que a sociedade acaba por receber indivíduos egressos de um aparelho que, ao contrário do teórico propósito de ressocialização, ainda mais os dissociam da convivência com os seus pares.

1.4. Aspectos de ordem jurídica

A reforma do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 12.403/2011 e alcançando o art. 310 do citado diploma legal, passou a exigir do juiz que, ao receber o auto de prisão em flagrante, adote uma das seguintes medidas: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares previstas nos art. 319 do CPP; ou c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não por acaso, a primeira das hipóteses diz respeito ao relaxamento da prisão ilegal, pois apenas se superado tal aspecto da prisão, será observado do cabimento da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória.

De fato, incumbe-se o juiz de observar, primeiramente, se a prisão se reveste de legalidade e, nesse sentido, confere, por exemplo, se o flagrante se deu numa das circunstâncias previstas no art. 302, do CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade”. Fora da hipótese de flagrante, observará o magistrado se o caso é de cumprimento de mandado de prisão.

Mas, como se percebe, tratam-se de requisitos meramente formais e, assim, não dizem respeito ao modo como se dá o efetivo cumprimento da prisão, do ponto de vista material de sua execução pelo Estado e cumprimento pelo indivíduo. Neste sentido, torna-se imperioso examinar se o local destinado à prisão também atende aos requisitos legais pertinentes, de modo que não basta avaliar se a prisão é legal do ponto de vista formal, mas ainda se ela é materialmente válida.

⁶ <http://www.jb.com.br/juventude-de-fe/noticias/2014/01/10/a-violencia-nos-presidios-tambem-e-culpa-nossa>

⁷ <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-08-01/preso-federal-custa-5-salarios-ao-mes-dobro-do-que-se-gasta-com-preso-estadual.html>

⁸ <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/03/audiencia-publica-expoe-impasse-em-obra-do-presidio-de-itaquitinga-pe.html>

Assim, além da análise sobre os requisitos legais formais da prisão, tem-se por imperioso também o exame quanto aos aspectos afetos ao local e condições de cumprimento da medida restritiva da liberdade, decorra a prisão de flagrante delito ou do cumprimento de mandado, seja ela de natureza provisória ou definitiva.

Mas, não é o que se observa na prática da atuação jurídica em geral e rotineira. Nem os advogados ou defensores ao pedir, nem o Ministério Público ao emitir o seu posicionamento, nem o Judiciário em suas decisões a respeito, de regra não demonstram qualquer preocupação sobre as condições em que se materializa o cárcere.

O fato é que são dissecados os requisitos formais relativos à prisão ou sua manutenção, mas nada é dito sobre iguais pressupostos de lei acerca do local do cumprimento da medida prisional.

Assim é que, embora comumente se tenha convencionado atentar para as violações formais de direito sobre a prisão, como ocorre com os casos de excesso de prazo ou na hipótese de flagrante intempestivo, relaxando-se a prisão como consequência, as violações materiais de garantias fundamentais e da dignidade humana, sedimentadas e notoriamente ocorridas nos locais reservados ao cumprimento da prisão, normalmente são ignoradas ou toleradas, como se fosse isso menos importante do que a mera violação formal.

Ao contrário da realidade revelada na labuta jurídica, apresenta-se muito mais grave a ilegalidade presente nas condições materiais da prisão.

Em novembro de 2005 foi amplamente divulgado pela imprensa nacional e causou grande polêmica a decisão proferida pelo Juiz Livingston José Machado, então titular da Vara de Execuções Penais de Contagem/MG, ao determinar o relaxamento da prisão e consequente soltura de presos condenados, face as condições degradantes e desumanas em que se encontravam cumprindo suas penas. O magistrado acabou sendo sumariamente afastado de suas funções e severa e injustamente punido por sua decisão de fazer valer a Constituição Federal, em simples cumprimento à letra expressa da Magna Carta: a prisão ilegal será imediatamente relaxada.⁹

Noutra corajosa decisão, no já distante ano 2000, o então juiz da 2ª Vara da Comarca de Bezerros/PE, Augusto Napoleão Sampaio Angelim, entendeu que:

“É direito da sociedade a segregação das pessoas que cometem crimes, ou até mesmo daqueles contra quem se faz acusação de crime, dentro dos limites estabelecidos na lei, porém, é mais certo ainda que essa sociedade, através do Estado, deve propiciar as condições mínimas para a manutenção dos detentos, pois a legislação pátria garante esse direito aos segregacionados. Entretanto, infelizmente, não é isso que acontece e as cadeias e presídios tornaram-se, invariavelmente, locais de ócio e de difusão do crime. Neste caso, acolherei o parecer do Ministério Público, determinando que o acusado cumpra a prisão em domicílio, sob a fiscalização das polícias e dos oficiais de justiça. Será uma experiência e espero que os resultados sejam favoráveis.” (Proc. n. 008/2000, A. L. P., art. 157, I e II, CP).

E o próprio Superior Tribunal de Justiça, por voto da lavra do Eminentíssimo Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, confirmado à unanimidade pela 5ª Turma daquela Corte de Justiça, no habeas corpus n. 30218 (D.J. de 03.09.03), apreciando o cumprimento da pena em condições mais rigorosas que as estabelecidas na condenação, concedeu por unanimidade a ordem “para determinar que o Paciente seja encaminhado ao estabelecimento destinado ao regime semiaberto ou, se inexistente vaga, seja-lhe conferida a prisão domiciliar até resolvida a questão, em ambos os casos, ser-lhe-á garantido o tratamento médico.”

O cárcere em nosso país, da forma como aos olhos de todos se materializa, desafia esse tipo de atuar audacioso à magistratura, ao Ministério Público, à Defensoria e à Advocacia. Foi isso o que levou a um consequente melhoramento das aviltantes condições do sistema prisional em Contagem/MG e que possibilitou a efetiva reabilitação de um jovem em Bezerros/PE. Deve existir um autêntico e sustentável equilíbrio entre o poder estatal de prender e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso, como sendo o que ao menos se coloque em harmonia com os ditames da Constituição Federal, dos tratados internacionais de que o Brasil participa e a Lei de Execução Penal.

Não há dúvida de que o ordenamento jurídico nacional autoriza o Estado a prender e a restringir a liberdade individual, em específicas e excepcionais circunstâncias, porém igualmente impõe ao ente estatal que atenda a objetivos regramentos legais para que assim proceda, pois o que se permite é apenas – *e tão-somente* – o cárcere de conformidade com essa mesma ordem jurídica *e não o aprisionamento inconsequente*.

A violação de garantias constitucionais é deveras grave e totalmente inaceitável sob qualquer argumento ou pretensa justificativa, ainda mais se patrocinada por omissão estatal, previamente conhecida e mesmo assim assentida por órgãos e Poderes do Estado que têm o dever de zelar pelo respeito à Constituição Federal e às leis do país. As odiosas medidas restritivas da liberdade às vezes são de fato necessárias, **mas nunca a qualquer custo ou à razão de quem quer que seja**.

⁹ <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI85616,41046-Juiz+de+ContagemMG+que+em+2005+decidiu+liberar+dezenas+de+presos>

Todavia, em que pese a existência de moderna e abrangente legislação, os estabelecimentos prisionais do nosso Estado – cadeias, presídios e penitenciárias – apresentam-se totalmente inadequados à manutenção de seres humanos. É sabido que em tais locais o sujeito é levado a algum tipo de adoecimento mental e físico, bem como ao agravamento do desvio de sua personalidade, o que mais tarde se revela em um mal maior para todos. São estabelecimentos dotados de uma estrutura limitada quase que exclusivamente a concreto e ferro, onde pessoas são mantidas sob grande e insuportável sofrimento psicológico e psíquico – muitas vezes físico, decorrentes do desrespeito a direitos elementares, que a nossa Lei Maior eleva a patamar destacado e prioritário.

Todas essas notórias questões que envolvem o sistema penitenciário no país já deveriam ter levado aos operadores do direito a uma postura altiva, embora serena e permanentemente reflexiva sobre o problema e suas implicações práticas e, sobretudo, jurídicas, de modo a que se descortinasse o papel social de cada um em relação a complexa problemática do sistema prisional, especialmente para que de tais contínuos e aprimorados posicionamentos, pudessem advir palpáveis mudanças positivas, que de há muito apenas se espera.

Destarte, caberá sempre ao mesmo Estado-Juiz que prende **observando a presença dos requisitos formais que autorizam a medida extrema**, da mesma forma verificar se há respeito às garantias de ordem constitucional e infraconstitucional em torno do indivíduo, **no local reservado ao seu cumprimento**.

No que tange ao Ministério Público, postura que ignore a grave realidade do sistema prisional, parece tornar letra morta a parte última do caput do art. 127 da Constituição da República, pois foi a tal Instituição que a Lei Maior incumbiu a defesa daqueles fundamentais direitos, sem reservar hipótese que excepcione a sua observância ou que justifique o seu desrespeito.

Assim, em qualquer que seja a hipótese de restrição da liberdade, deve-se ter sempre em mente a preservação da dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos individuais fundamentais, de modo a buscar a sua compatibilização com o poder de prender do Estado, assegurando-se ao preso o cumprimento da medida em cárcere constitucional, de tal modo que a demonstração efetiva disto seja requisito essencial para a decretação ou manutenção de qualquer medida privativa da liberdade.

1.5. Tecnologias na atualidade e a prisão estatal

O crescente e irrevogável desenvolvimento das chamadas tecnologias de ponta apresenta um novo cenário, em constante movimento, a praticamente todas as atividades humanas.

Todo o conhecido avanço tecnológico é capaz de contribuir com o aperfeiçoamento das pessoas, coisas e instituições em geral, apresentando-se apto à aplicação nas mais diversas áreas.

No mundo, há crescentes e múltiplos exemplos do tamanho avanço desses incrementos, graças a procedimentos conhecidos e dominados pelo homem e que acabam tendo a sua aplicação cada vez mais ampliada e adaptada para o uso em áreas as mais diversas. Observe-se o que ocorre com a medicina e as promessas para o futuro nessa área do conhecimento e ainda o que se vê dos sistemas bancário e financeiro e o que cada um de nós já é capaz de fazer com e por meio dos chamados smartphones.

Também no Brasil somos capazes de inovar. Há exemplos marcantes do desenvolvimento e aplicação de específicas tecnologias avançadas, de que é exemplo marcante o que ocorre com os sistemas utilizados nas eleições e sua apuração no país. No recente pleito de 05 de outubro de 2014, mais de 142.000.000 (cento e quarenta e dois milhões) de eleitores se encontravam aptos a votar por meio de um sistema de voto eletrônico reconhecido por todos por sua segurança e eficiência e que, assim, é capaz de revelar o resultado de complexas eleições em algumas poucas horas após a votação. Inaugurando uma fase ainda mais avançada, o sistema já permite a utilização da biometria (identificação por meio das digitais) na votação, tornando o sistema ainda mais automatizado e seguro.¹⁰

A informatização do processo judicial é uma realidade que vem se materializando desde a Lei Federal n. 11.419/2006, permitindo toda a tramitação do processo, incluindo atos de comunicação e de instrução, por meio eletrônico, tornando tudo mais célere e a custos menores. As videoconferências, assinaturas digitais, a internet, são algumas das principais ferramentas que estão sendo usadas e aperfeiçoadas nessa direção.

Diante desse cenário e perspectivas, há que se refletir sobre porque não se observa similar preocupação de atualização quanto ao sistema prisional brasileiro, sabendo-se que certamente alternativas tecnológicas também existem para tal cenário.

¹⁰ <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1467615>

Nesse caminhar, é preciso reconhecer que a monitoração eletrônica já é uma realidade que vem sendo praticada pelo Estado, sendo possível e desejável o seu aperfeiçoamento contínuo e a sua associação a outras formas de controle e de reinserção social dos beneficiários de sua aplicação, pois apenas a tecnologia é algo insuficiente.

As tecnologias de ponta potencialmente aplicáveis à hipótese se revelam promissoras diante dos sistemas de monitoramento eletrônico conhecidos no Brasil, atualmente restritos aos casos de saídas temporárias e prisão domiciliar e as situações de liberdade provisória.

O chamado “Porto Digital”, organização social – OS que congrega um Parque Tecnológico em Pernambuco, concentrando um conjunto de diversificadas entidades ligadas ao desenvolvimento das mais variadas tecnologias e que se presta a atender as específicas demandas que lhe são apresentadas, já se manifestou pela possibilidade de desenvolvimento e implementação de um sistema de monitoramento eletrônico tão eficiente, que tornaria possível o cumprimento seguro de qualquer medida restritiva de liberdade em regime restrito ao domicílio e capaz de acompanhar as devidas concessões de saídas ao trabalho ou para atividades específicas, de conformidade com a individualização do caso, tudo sob supervisão automatizada inteligente, impulsionada por uma série de simples mecanismos de controle eletrônico que podem envolver as mais diversas situações, sem a necessidade de um acompanhamento humano direto permanente e com um controle social na fiscalização do cumprimento da medida, o que aumenta a segurança e credibilidade no sistema.

Trata-se do desenvolvimento de uma técnica específica, muito além do simples uso das denominadas tornozeleiras eletrônicas, já utilizadas com sucesso pelo sistema, em que pese a simplicidade da tecnologia envolvida.

Além do mais, a massificação do uso de tais tecnologias significaria uma diminuição drástica de custos para os cofres públicos, seja pela diminuição dos gastos com pessoal e material em qualquer que seja o sistema alcançado, seja pelas possibilidades somente presentes a partir da mudança do modelo que prioriza o incremento científico- tecnológico.

Permite-se, também, imaginar a aplicação de uma pauta de ações efetivas, progressivas e permanentes na defesa intransigente de direitos e garantias fundamentais, a partir do enfrentamento do foco maior de violação de tais direitos que, por natureza, é o próprio cárcere, abrindo-se as portas à implementação de Projetos que viabilizem a utilização de medidas que possam envolver desde a fase processual até a reestruturação do sistema prisional, inclusive com a ampliação da aplicação das tecnologias de ponta já conhecidas e a experimentação de outras possíveis.

No panorama atualmente conhecido, onde de regra o cárcere oficial, pelas próprias condições dos estabelecimentos prisionais, viola direitos e garantias fundamentais, tornando a prisão materialmente ilegal, só há dois caminhos: ou o relaxamento puro e simples da prisão ou o a determinação de que a medida seja cumprida em local diverso.

Mas, qual seria o local diverso do cárcere conhecido se outro logradouro o Estado não tem a oferecer? Talvez o estabelecimento do cumprimento das medidas restritivas da liberdade em geral, incluindo a prisão-pena, no domicílio do próprio indivíduo.

Todavia, não se trata de propor a aplicação do instituto da prisão domiciliar, cujas bases e requisitos são outros. Também não se propõe o simples encaminhamento do preso à sua casa, sem quaisquer condicionantes ou critérios. O fato é que a alternativa poderia promover um esvaziamento e permanente controle da população carcerária tradicional e ainda proporcionar uma nova forma de cumprimento das medidas restritivas de liberdade, mediante formas e métodos não tradicionais de controle.

Com o emprego e aprimoramento dos já disponíveis meios de monitoração eletrônica e uma metodologia e acompanhamento modernos, o domicílio como alternativa ao cárcere que viola direitos fundamentais parece uma imposição.

Restrito o preso aos limites de sua casa ou inevitavelmente mantido em estabelecimento prisional mais adequado, buscar-se-ia agora assegurar de modo bem mais acertado do que o atualmente conhecido a condição mínima de dignidade ao ser humano. Possibilitar-se-ia experimentar os efeitos práticos de uma inovação, bem como suas consequências, ao mesmo tempo oferecendo ao gestor melhores condições à solução do grave problema carcerário, inclusive criando-se ambiente mais profícuo e célere para o enfrentamento sério do grave problema da criminalidade.

Em tese, com a ideia resta favorecido também as instalações carcerárias, desde que passem a contar com população adequada, com implicações naturalmente positivas ao controle e segurança dos presos e agentes estatais envolvidos, possibilitando também o eventual retorno, em melhores condições à sociedade, sendo estímulo ao bom comportamento na prisão a possibilidade de alcançar o cumprimento da medida fora do estabelecimento, ainda que sob monitoramento e metodologia avançados.

Em sendo consistente, seguro e permanente o desenvolvimento e aplicação de tecnologias de ponta junto ao sistema prisional, pode-se garantir ao preso, dentro ou fora do presídio, a dignidade que a Constituição Federal impõe que lhe seja assegurada e, ao mesmo tempo, possibilitando efetivamente a sua ressocialização, talvez como nunca tenha sido realmente possível fazer.

É importante ainda destacar que a internet, base para uma monitoração mais ampla e efetiva, avança a passos largos no Brasil e nos próximos anos deve ser totalmente renovada, em termos de eficiência e alcance territorial. Está em curso uma ação do Estado brasileiro voltada à difusão da internet veloz por meio da Agência Nacional de Telecomunicações, com faixa de frequência que permitirá o acesso a locais distantes como a Amazônia e ainda driblar barreiras físicas em metrô e outros ambientes fechados, tudo isso graças a uma tecnologia que proporcionará uma conexão avançada com a web. Isso vai tornar possível a rapidez no fluxo de dados, sem travamentos.¹¹

1.6. Medidas diversas da prisão: alternativa à prisão-pena ilegal

A reforma do Código de Processo Penal patrocinada pela Lei n. 12.403/2011 trouxe à baila a possibilidade de uma série de medidas cautelares diversas da prisão que, ao serem experimentadas com critério e rigor técnico podem ter a eficiência e utilidade que a prisão pura e simples nunca será capaz de oferecer.

Tais medidas cautelares se colocam como alternativa ao encarceramento sem pena, por isso não se aplicam as hipóteses da prisão decorrente da condenação com o trânsito em julgado. Visam substituir, sempre que possível, a prisão provisória. Eis o que dispõe o art. 319, do Código de Processo Penal:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.”

Como se vê, a quase totalidade das medidas cautelares apontam para a necessidade do acompanhamento por monitoração, o que tornaria mais efetivo o cumprimento das demais medidas aplicadas ao caso, já que a fiscalização pelos meios tradicionais simplesmente não acontece, basta olhar para a total ausência de significado prático das chamadas audiências administrativas, que impõe (ou faculta) uma autofiscalização pelo beneficiário.

O emprego das medidas cautelares, em conjunto com a aplicação de tecnologias de monitoração de ponta hoje disponíveis, com uma metodologia própria, torna possível o acompanhamento automatizado diuturno (se necessário), **com segurança**, de toda e qualquer medida cautelar diversa da prisão, mas a aplicação unicamente da monitoração não tem o menor sentido.

Esse moderno modelo de restrição da liberdade individual, inserido no sistema penal brasileiro apenas para os casos de prisão provisória, apresenta nítida inclinação para ser analogicamente aplicado também aos casos de prisão definitiva, ao menos como alternativa aos estabelecimentos prisionais oficiais que se mostrem violadores de direitos e garantias fundamentais.

¹¹ Revista Carta Capital, Edição 815, setembro/2014, pags. 36/40

2. CONCLUSÕES

2.1. Embora comumente se atente às ocorrências de violações formais de direito no processo penal, como no excesso de prazo, relaxando-se a prisão como consequência, os abusos às garantias fundamentais, ainda que notoriamente presentes, normalmente são ignoradas ou tolerados, como se fosse isso menos importante do que as transgressões formais.

2.2. Além da análise sobre os requisitos formais da prisão, impõe-se o exame quanto aos aspectos afetos ao local e condições de cumprimento da medida restritiva da liberdade, decorra a prisão de flagrante delito ou do cumprimento de mandado, seja ela de natureza provisória ou definitiva. Deve-se exigir um real equilíbrio entre o poder estatal de prender e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso, como sendo o que ao menos se coloque em harmonia com os ditames da Constituição Federal, dos tratados internacionais de que o Brasil participa e a Lei de Execução Penal.

2.3. O ordenamento jurídico nacional autoriza o Estado a prender e a restringir a liberdade individual, em específicas e excepcionais circunstâncias, porém igualmente impõe ao ente estatal que atenda a objetivos regramentos legais para que assim proceda, pois o que se permite é apenas – e tão-somente – o cárcere de conformidade essa mesma ordem jurídica e não o aprisionamento inconsequente.

2.4. O desrespeito à dignidade humana é deveras grave e totalmente inaceitável sob qualquer argumento ou pretensa justificativa, ainda mais se patrocinada por omissão estatal, previamente conhecida e mesmo assim assentida por órgãos e Poderes do Estado que têm o dever de zelar pelo respeito à Constituição Federal e às leis do país.

2.5. No que tange ao Ministério Público, postura que ignore a grave realidade do sistema prisional, implica em tornar letra morta a parte última do caput do art. 127 da Constituição da República, pois foi a tal Instituição que a Lei Maior incumbiu a defesa dos direitos fundamentais, sem reservar hipótese que excepcione a sua observância ou que justifique o seu desrespeito.

2.6. Em qualquer que seja a hipótese de restrição da liberdade, deve-se assegurar ao indivíduo o cumprimento da medida em cárcere constitucional, de tal modo que a demonstração efetiva disto seja requisito essencial para a decretação ou manutenção válida da prisão.

2.7. Quando o cárcere oficial, pelas próprias condições do estabelecimento prisional, viola direitos e garantias fundamentais, tornando a prisão materialmente ilegal, só há duas possibilidades: ou cumprimento da medida em local diverso ou o relaxamento puro e simples da prisão. Com o emprego e o aprimoramento dos meios de monitoração eletrônica e uma metodologia moderna, o domicílio do preso é alternativa locacional que se impõe à prisão que viola direitos fundamentais.

2.8. As medidas diversas da prisão, inseridas no sistema processual penal brasileiro apenas para os casos de prisão provisória, apresentam nítida inclinação para uma aplicação analógica aos casos de prisão definitiva, como alternativa aos estabelecimentos prisionais oficiais violadores de direitos e garantias fundamentais.

E esse moderno modelo de restrição da liberdade individual, inserido no sistema penal brasileiro apenas para os casos de prisão provisória, apresenta nítida inclinação para ser analogicamente aplicado também aos casos de prisão definitiva, ao menos como alternativa aos estabelecimentos prisionais oficiais que se mostrem violadores de direitos e garantias fundamentais.

O BRASIL PRENDE POUCO¹

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA

SÍNTESE DOGMÁTICA

Considerando que o número de crimes violentos ou praticados com grave ameaça, como os homicídios, crimes contra a liberdade sexual, sequestros e roubos, além do de furtos qualificados no Brasil são muito altos, podendo ser comparados aos de uma guerra civil, privando a população de seu direito à vida, à liberdade de ir e vir e até de usufruir do fruto de seu trabalho, deverão ser adotadas providências urgentes para que seja alterada a legislação penal com a finalidade de se elevar drasticamente as penas para tais condutas, com redução substancial dos benefícios concedidos durante a execução penal em relação às penas, o que desestimulará a prática de tais ilícitos e tirará de circulação por longos períodos os que vierem a cometê-los, impedindo-os de perpetrar novos crimes e devolvendo as ruas, as praças e demais locais públicos e privados às pessoas cumpridoras das leis.

SUMÁRIO

1 Introdução - 2 O problema causado pela impunidade – 3 O tabu do patrimônio – 4 O exemplo dos países desenvolvidos – 4.1 Estados Unidos da América – 4.2 Europa- 4.3 Uma comparação entre números– 5 Crimes graves merecem prisão -5.1 A prisão como desestímulo e como defesa – 5.2 Não se trata de excluir injustamente ninguém – 6 Dois extremos importantes: a prevenção e a punição – 6.1 O livre arbítrio - 6.2 A prisão e o hospital - 7 O objetivo não é o de aumentar o número de presos como um fim, mas como um meio - 8 A prisão deve ser reservada a quem a merece - 8.1 Sobre o número atual de vagas no sistema prisional - 9 Sobre o argumento de que a prisão não recupera - 10 Conclusão

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Promotor de Justiça - Comarca de Divinópolis - Minas Gerais

1 - INTRODUÇÃO

A violência é um dos grandes problemas do País já há alguns anos, ao lado das mazelas da educação, da saúde, do desemprego, do transporte, dentre outros.

As pessoas, não apenas nas grandes cidades, vivem o tempo todo com medo. Não se usa mais o telefone celular na rua, não se pode mais permanecer dentro de um carro estacionado, não se sai mais de casa com tranquilidade, não importa a hora do dia; as casas, com muros e grades altas, estão equipadas com cercas elétricas e concertinas. Os apartamentos em andares mais baixos têm grades. Mesmo os poucos que conseguem atingir um padrão de cidadãos de países desenvolvidos no que se refere à saúde, educação e transporte não conseguem se livrar da constante ameaça da violência.

Um trabalhador ou uma dona de casa não podem mais sacar dinheiro no caixa eletrônico do supermercado ou de seu local de trabalho, e isso por uma razão muito simples: eles não existem mais, pois o Estado desistiu de oferecer segurança nesses casos. As pessoas necessitam ir ao banco para fazer retiradas. Ou seja: retrocedemos. Estamos modificando nosso modo de viver, em uma constante adaptação à violência cada vez maior.

Os casos de balas perdidas na cidade do Rio de Janeiro são um exemplo triste da deterioração do País. São centenas de casos por ano. Há tiroteios todos os dias, vários por dia. Os relatos de casos de balas perdidas são particularmente aterrorizantes porque as pessoas caem de repente ao lado de outras, sem que se ouça sequer o barulho do tiro. As crianças convivem com essa situação nas escolas; são raros os dias em que elas não necessitam deitar no chão ou correr para outros cômodos em razão dos tiroteios. Elas já estão recebendo treinamento de guerra para se defenderem. Apesar de todos esses cuidados, inacreditáveis para um país que não está em guerra, as mortes se sucedem rotineiramente.

As pessoas não aguentam mais. Estão ansiosas por uma solução. O desejo da população é de que os criminosos sejam punidos e que os crimes não continuem a ser tão comuns, como atualmente ocorre com o roubo à mão armada, que a todos aterroriza e acontece a todo momento, em todos os lugares, a qualquer hora do dia.

Vivemos como se estivéssemos em guerra.

As soluções apresentadas para o problema são muitas, extremamente variadas. Fala-se em equipar as Polícias, em melhorar a educação das crianças, em melhorar os índices sociais, em prender menos, educando os infratores com penas alternativas, ou seja, há muitas ideias. Ocorre que estamos vivendo um aumento crescente da violência, ano após ano, e nada, ou muito pouco, é implementado, seja por falta de interesse, de verbas ou mesmo de projetos.

A ideia apresentada no presente trabalho vai contra o que pregam muitos doutos, mas almeja ser pelo menos considerada, analisada e discutida. Se aceita e posta em prática, poderá contribuir para uma redução da violência no País em curto espaço de tempo, sem grandes custos, sem injustiças e sem sacrifício das garantias individuais e da democracia.

O que se sugere aqui é que o País prenda mais, muito mais que atualmente.

Diz-se comumente que o Brasil prende muito (segundo o site G1 o número de presos em 2015 era de 615.000); será demonstrado no presente estudo, porém, que este país prende muito menos do que deveria. E ainda: que um aumento no número das prisões colaborará em muito pouco tempo para que este, que é considerado atualmente um dos países mais violentos do mundo, se torne um dos mais seguros.

A ideia é dar a cada um o que ele merece, sem olvidar a necessidade das políticas educacionais e sociais, que poderão contribuir, no futuro, para uma paulatina diminuição do número de prisões, ao lado do próprio desestímulo ao crime causado pelo rigor das leis e de sua aplicação.

Nesse contexto, o tema do XXII Congresso Nacional do Ministério Público, “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”, mostra-se extremamente oportuno, tendo em vista que o combate ao crime é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, a mais conhecida e que lhe dá maior visibilidade, ainda que sejam consideradas as atribuições em sua atuação extra-judicial e como fiscal da ordem jurídica (custos legis).

Um dos maiores desafios do Ministério Público, portanto, é o de contribuir para uma maior efetividade do combate ao crime, em conjunto com as Polícias e o Poder Judiciário. Exclui-se aqui propositadamente a educação, a melhora na economia, os serviços sociais etc. por se estar tratando não de prevenção ao crime, mas de efetivo combate, já na outra ponta, quando a educação e os esforços para os progressos sociais não são suficientes para evitar o crime.

Não há como negar que todos os projetos para um Brasil melhor devem incluir o combate ao crime, principalmente aos praticados com violência ou grave ameaça, que tiram não só o patrimônio, mas também, e principalmente, a paz e o sossego de todos, sem exceção, por consistirem uma constante ameaça à vida.

O presente trabalho, em harmonia com o que já foi feito e continua sendo aplicado com sucesso nas mais avançadas democracias do mundo, pretende apontar soluções, não se omitindo através de belas palavras que rendem palmas e lágrimas mas em nada contribuem para a segurança. Um país melhor não se fará com retórica, mas com ação, atos corajosos, atitudes

fortes, sempre fundados nas leis e na Constituição e de acordo com a vontade das pessoas honestas, pacíficas, que pagam impostos, estudam e trabalham. Essas pessoas já se cansaram das teorias contrárias ao rigor no combate ao crime e que não deram certo, trazendo o país ao posto de um dos mais violentos do mundo, mantendo presos e amedrontados atrás de grades e cercas os cumpridores das leis e soltos os praticantes dos mais graves e violentos crimes.

2 - O PROBLEMA CAUSADO PELA IMPUNIDADE

É comum a afirmativa de que as prisões não recuperam e que é necessário encontrar uma alternativa. Os defensores dessa ideia, porém, não apresentam a sonhada alternativa, esse inatingível Santo Graal. As penas alternativas funcionam somente para autores de crimes mais leves, devendo-se observar ainda que são comuns as prisões por descumprimento de tais penas.

Para os crimes graves, o que a população e os operadores do direito - principalmente os que têm contato direto com autores e vítimas - almejam é o fim da impunidade. A desproporção atual entre os crimes e as penas (incluídas nestas a execução penal) é tão grande que estas configuram verdadeira impunidade.

Vivemos um momento no Brasil de banalização da violência, com um aumento absurdo da quantidade de crimes e de uma crescente diminuição proporcional das punições, considerando que o aumento do número de presos é muito inferior ao de crimes.

Para um crime de latrocínio consumado a pena fica em vinte anos ou pouco mais. Com o cumprimento de dois quintos (oito anos) o autor passa ao regime semi-aberto. Ou seja, um indivíduo de 22 anos de idade que comete um crime de tamanha gravidade, considerado hediondo, estará no regime semi-aberto, ou seja, praticamente livre, aos 30 anos.

Para um roubo sem morte, mas com arma e enorme terror para a vítima, que nunca sabe se vai escapar com vida, e ainda é obrigada a ouvir que teve “sorte” por ter ficado apenas sem bens materiais, a pena é de cinco anos e quatro meses a quinze anos (art. 157, § 2º, I), com possibilidade de início em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, do CP).

É preciso dar uma resposta ao crime. Uma resposta dura, desestimulante, que sirva para desencorajar e, não sendo suficiente, para tirar de circulação os que se aventuram a descumprir a lei.

Ouvimos a todo momento as pessoas dizendo que não aguentam mais a impunidade.

Reportagem no portal de notícias UAI, de maio de 2016, menciona o crime de roubo como um dos que mais amedrontam a população. É natural que essa modalidade de crime cause medo, tendo em vista que o roubo não traz preocupação apenas a respeito do patrimônio, mas inclui a integridade física da vítima, gravemente ameaçada nesses casos. O site menciona o aumento do número de roubos em Belo Horizonte, de 22% de 2014 para 2015 e de 30,78% de 2015 para 2016 (até maio). Segundo o UAI, alguns indivíduos chegaram a ser presos até sete vezes de 1º de janeiro a 23 de maio de 2016. Ainda segundo o site, todos os dias várias pessoas são presas mais de uma vez (o que é do conhecimento de todos os que atuam na área criminal).

O site narra um roubo cometido contra um barbeiro de 79 anos, com violência, para levar um celular e cem reais em dinheiro. A vítima, agredida com uma cadeira, ficou desacordada na barbearia. O autor, de 32 anos de idade, preso alguns dias depois, já ostentava nove passagens pela Polícia por roubo, tráfico de drogas, furto e entrada na prisão com objetos proibidos, como celular. Nesse caso, uma prisão mais rigorosa pelo primeiro crime teria impedido os demais, além de desestimular outros candidatos a criminosos. A equação é simples: mais tempo de prisão, muito menos crimes.

O então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, em reunião no dia 07 de junho de 2016 com os 27 Secretários de Segurança dos Estados, afirmou que o Brasil prende muito, mas prende mal (site UAI, em 08/06/2016). Disse o ex-integrante do Ministério Público que “nós aplicamos a mesma pena privativa de liberdade para quem furta galinhas e para quem pratica roubo qualificado com fuzil”. No mesmo encontro, o Ministro defendeu que “corrupção, tráfico e crimes praticados com violência ou grave ameaça têm que ter um tratamento mais duro”. E acrescentou: “não se pode dar essa progressão que se dá”.

Embora o guardião da Justiça do País estivesse defendendo a redução do número de prisões, pode-se concluir facilmente que a seguir sua linha de raciocínio nós teríamos em pouco tempo, além de prisões livres de autores de pequenos delitos, atualmente presos provisoriamente *ad eternum*, o que seria um grande progresso, uma melhora enorme na segurança, pois teríamos um aumento exponencial do número de presos por crimes graves, o que tornaria necessário, inclusive, ao contrário do por ele afirmado, um grande aumento no número de vagas nas prisões, com uma mudança radical nos níveis de segurança do País.

3 - O TABU DO PATRIMÔNIO

É comum ouvirmos de estudiosos do crime o argumento de que o direito defende com muita ênfase o patrimônio, que as leis brasileiras são patrimonialistas etc.

Ocorre que, excluindo-se os crimes contra a liberdade sexual, que não têm qualquer relação com o patrimônio, os demais crimes violentos, e que mais amedrontam a população, têm na maioria das vezes relação com o patrimônio.

O homicídio, o mais grave de todos, obviamente não é crime contra o patrimônio, embora muitos sejam cometidos em razão de desentendimentos motivados por questões de patrimônio. Ocorre que este não é o que mais amedronta os cidadãos. O que amedronta é o latrocínio ou a ameaça de seu cometimento. O medo de ser assaltado existe não apenas em razão da perda dos bens, mas principalmente em razão do medo da perda da vida. Bens podem ser recuperados ou readquiridos, mas a vida não.

Os campeões do terror são os crimes contra o patrimônio. Todas as pessoas, sem exceção, em qualquer lugar, a qualquer hora, estão sujeitas a eles. Ainda que sejam adotadas as tradicionais recomendações da Polícia, que incluem, como dito acima, restrições à liberdade auto impostas, como não sair à noite, não portar ou exibir objetos de valor, não usar o celular na rua, não permanecer dentro de veículos estacionados, não deixar os vidros dos veículos abertos, trancar as portas dos veículos, não conduzir os veículos em determinadas pistas, consideradas de difícil fuga, não parar em semáforos vermelhos de madrugada, não entrar em casa se houver uma pessoa parada por perto, instalar cercas elétricas, concertinas, grades, alarmes e câmeras, aumentar o número e a eficiência das fechaduras, aumentar os muros, não parar em restaurantes e lanchonetes de beira de estrada, contratar seguranças para padarias e restaurantes etc., os riscos continuam a existir. Todos conhecem pessoas roubadas em locais e em horários impensáveis há até pouco tempo, como em restaurantes ou escritórios em plena luz do dia.

Toda essa insegurança existe em razão do patrimônio, cobiçado por indivíduos que não têm medo de tentar subtrair o dinheiro ou quaisquer objetos de pessoas que se sacrificaram para adquiri-los.

Que fique bem claro: os bens são necessários. As pessoas saem de casa para trabalhar ou estudar não apenas pela realização pessoal; elas precisam de dinheiro, de bens. Muito sacrifício é feito para se adquirir um automóvel (cujo seguro é mais inviável quanto mais barato ele for), uma motocicleta, um telefone celular, um lote de terreno, que poderia ser adquirido com o dinheiro que foi roubado. E o pior: a integridade física das pessoas é posta em risco o tempo todo, tenham elas bens ou não. É aí que reside o problema. São raras as pessoas que temem ser vítimas de homicídio. Poucas têm motivos para ser mortas. O latrocínio, ao contrário, todas temem.

Conclui-se, naturalmente, que penas altas e efetivamente aplicadas para os crimes contra o patrimônio aumentarão a segurança da população em relação à violência física para índices elevadíssimos.

4 - O EXEMPLO DOS PAÍSES DESENVOLVIDOS

4.1 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América são, como o Brasil, um país novo, cuja população ainda não tem arraigados os comportamentos sociais encontrados em países da Europa, por exemplo. Excluindo-se os grandes ganhadores de prêmios científicos, com formação em universidades caríssimas como Harvard, Princeton ou Stanford, os americanos têm deficiências de educação e há um grande número de indivíduos propensos a cometer crimes. Naquele país, a solução encontrada para manter altos níveis de segurança foi a aplicação de rigor na prisão. Os EUA são o país que mais prende no mundo. Como parte da população opta por delinquir, o poder público responde com a prisão. O resultado é um país seguro, em que os criminosos não ficam nas ruas, mas atrás dos altos muros e das concertinas, itens de segurança por lá utilizados para que as pessoas não saiam e não para que não entrem, como por aqui.

Pode-se perguntar o que leva um preso à cadeia nos EUA se o país é seguro. A resposta é simples: basta o cometimento de um crime grave para que o indivíduo permaneça durante longos anos preso. O mesmo autor não repetirá seus atos à exaustão como no Brasil. Há naquele país, assim, um número de presos próximo ao número de crimes graves, diferente do sistema brasileiro, em que para ser preso por pouco tempo o criminoso deverá ser multirreincidente e possuir uma ficha criminal extensa, com um rol enorme de vítimas, salvo raras exceções.

Para ilustrar o acima afirmado temos o atualíssimo exemplo do astro de futebol americano e cinema O. J. Simpson, então primário (foi absolvido da acusação da morte da esposa), que foi condenado em 2008 a uma pena de 33 (trinta e três) anos de prisão por roubo com uso de arma, em concurso de pessoas e com restrição à liberdade da vítima. O crime é análogo ao tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal Brasileiro, cuja pena aplicada em nosso País não chegaria sequer a ser cumprida em regime fechado, por não ultrapassar 08 anos de reclusão. Com um terço da pena cumprido e já em regime semiaberto ele obteria o livramento condicional. Nos EUA o astro das telas e dos campos passou 09 (nove) anos em regime fechado. A diferença é abissal.

4.2 Europa

Países como a Suécia ou a Dinamarca, campeões em testes de honestidade como o da carteira encontrada com dinheiro (o número de devoluções está entre os mais altos – pode nem ser só honestidade, mas também medo da lei) - e governados por dirigentes que se envergonham ao serem flagrados em infrações consideradas mínimas em países em desenvolvimento, chegam a pedir desculpas em público e na maioria das vezes se exoneram dos cargos a pedido - têm um número baixo de presos. A

impressão que passam, em um primeiro momento, é a de que as prisões não são a solução para a violência, mas a educação e o IDH (índice de desenvolvimento humano).

É interessante observar que a Holanda, em data recente, desativou presídios, decisão tomada por falta de demanda. No Brasil, os defensores das penas alternativas comemoraram, acreditando que o exemplo holandês deve ser seguido, com o fechamento de muitas de nossas prisões também. O raciocínio, porém, não resiste a uma análise racional. Deve ser ressaltado que as prisões recentemente fechadas foram construídas em um momento em que havia demanda. Em países como a Holanda não se constroem elefantes brancos para enterrar o dinheiro do contribuinte após grande parte ter ido para as contas dos governantes. Ou seja: havendo demanda, constroem-se presídios e mandam-se os criminosos para lá. Com o tempo, diante dos rigores da lei e da evolução da população, o crime diminui. É essa a hora em que as prisões se esvaziam e podem até ser desativadas.

Houve uma época em que a educação e o IDH na Europa não eram tão bons como hoje. Conforme melhoraram, os índices contribuíram para a diminuição das prisões. São fatores importantes, mas que atuam na prevenção das causas do crime, o que não é o papel do Direito Penal, que atua na repressão, embora esta também contribua para a prevenção.

4.3 Uma comparação entre números

Segundo o site do Instituto Avante Brasil, Países como Suécia, Holanda, Nova Zelândia, Coreia do Sul etc. têm cerca de 98 presos por 100.000 habitantes. O Brasil tem cerca de 358 presos para cada 100.000. Por outro lado, o Brasil tem cerca de 29 assassinatos para cada 100.000 pessoas, enquanto nos países citados a proporção é de 1 para 100.000.

. A seguir a proporção, deveríamos ter 98 vezes 29, ou seja, 2.842 presos para cada 100.000 habitantes, o que daria um total de 5.642.000 presos. Esse número, porém, se atingido em algum momento, cairia como a curva de uma parábola, pois o número de crimes se reduziria, esvaziando paulatinamente as cadeias até chegar a números, talvez, proporcionais aos dos Estados Unidos da América. Estes, segundo o site Mundo Estranho, da Editora Abril, têm cerca de 2.300.000 presos, ou seja, aproximadamente 719 presos por 100.000 habitantes. Caso, após uma possível estabilização, tivéssemos essa média, teríamos mais que o dobro de presos que temos atualmente, ou seja, cerca de 1.438.000 presos, considerando uma população de 200.000.000 de pessoas.

Se fizéssemos o exercício de proporção ao contrário, os países mencionados teriam 29 vezes menos presos que o Brasil, em uma média de 12 presos por 100.000 habitantes, o que está muito distante dos números deles. Como se vê, sob qualquer aspecto podemos concluir que prendemos muito pouco.

O mesmo site expõe sua opinião sobre as razões de terem os países da Europa citados um número mínimo de presos: certeza do castigo e política socioeconômica e educativa para todos. A primeira solução cabe ao direito penal; a segunda, a outras áreas.

5 - CRIMES GRAVES MERECEM PRISÃO

5.1 A prisão como desestímulo e como defesa

A prisão deve voltar a ter, no Brasil, a função de desestimular o crime. Está na hora de fazer valer a antiga máxima: “o crime não compensa”. No Brasil atual o crime está compensando, e muito. O risco de prisão, ainda que preso em flagrante o autor ou descoberto o crime após investigação, é pequeno. Para um crime de furto qualificado, com a entrada em residência alheia mediante arrombamento, por exemplo, o autor recebe um sursis; ou seja, ele comete um crime dessa gravidade e a pena é suspensa. Se reincidente, a pena ainda pode se restringir ao regime semi-aberto (Súmula 269 do STJ – “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”), com livramento após o cumprimento de um terço da pena. E ainda tem remição, progressão com um sexto do tempo, indulto, comutação de pena etc. Como é de conhecimento até dos leigos, não é fácil ficar preso no Brasil. A prisão, por aqui, definitivamente, não é um desestímulo ao crime. Enfim, não podemos nos esquecer que temos um número muito alto de criminosos soltos, sendo que muitos nunca estiveram em uma prisão.

Por que, então, temos uma das maiores populações carcerárias do mundo? Por uma razão muito simples: vivemos em um dos países onde mais se cometem crimes no mundo, além, obviamente, de termos uma das maiores populações do mundo. O número de presos, aparentemente alto se comparado com os de outros países, é, na verdade, baixo. A relação presos/crimes é desproporcional, com o número dos primeiros muito menor que o dos segundos. É pequeno o número de seiscentos mil presos no Brasil porque o número de crimes está na casa dos milhões, com milhões de vítimas.

A proposta do presente trabalho é de punir o criminoso com rigor desde o primeiro crime, desestimulando o ato delituoso e, ainda, tirando de circulação o indivíduo que ousa descumprir a lei, impedindo-o, conseqüentemente, de cometer outros atos ilícitos durante um longo período de tempo, diminuindo drasticamente o número de vítimas e devolvendo aos cidadãos de bem

o direito não só de ir e vir, mas também de ficar, de não temerem constantemente pela própria vida e pelas dos familiares ao terem notícias de homicídios e de latrocínios todos os dias, de desfrutar dos bens adquiridos com tanto sacrifício, de disporem dos próprios corpos, de terem tranquilidade para sair de casa, andar pelas ruas ou aguardar em uma parada de ônibus, tanto durante o dia quanto durante a noite.

5.2 Não se trata de excluir injustamente ninguém

Quando se fala em rigor na prisão, ouve-se invariavelmente o discurso paternalista daqueles que acreditam serem os presos indivíduos injustiçados, vítimas de um “sistema excludente” e que pagarão um preço alto para que a elite possa desfrutar de seu conforto.

O argumento não se sustenta. Basta andar pelas ruas para ver milhões de pessoas de classes sociais mais baixas vivendo normalmente em sociedade. São pessoas que levantam cedo, trabalham, se esforçam para se sustentar e prover honestamente as necessidades de suas famílias. Essas pessoas, que não podemos chamar de elite na conotação comumente usada, não são candidatas a ser presas. Pelo contrário; como são também vítimas da violência ou têm parentes ou amigos que são, desejam a punição e a retirada dos malfeitores de circulação. Só assim poderão ter paz quando se deslocarem pela cidade, seja de ônibus, carro, moto ou a pé, quando deixarem em casa seus familiares, quando chegarem em casa, forem ao banco, ao restaurante, ou estiverem sozinhas com um estranho.

Os candidatos a ficar anos na prisão não se incluem entre as pessoas acima mencionadas. Merecem ficar presas as pessoas que não sabem se comportar de acordo com as leis e com os mais básicos princípios de ética e moral e convivência em sociedade, como o respeito à liberdade, à integridade física e aos bens dos demais.

6 - DOIS EXTREMOS IMPORTANTES: A PREVENÇÃO E A PUNIÇÃO

Sempre que se fala em prisões vem o contraponto da prevenção, da educação, da melhoria das condições de vida da população, medidas que comprovadamente diminuem a violência.

Há, porém, algumas observações a respeito, que não podem ser olvidadas, e serão feitas a seguir, para demonstrar que a prevenção é importante, mas há momentos em que é necessário agir na outra ponta, quando a prevenção for falha ou demorar a produzir efeitos, assim como ocorre com as doenças.

6.1 O livre arbítrio

A primeira observação é que uma parte da população, ainda que receba do Estado oportunidade de boa educação e de boas condições de vida, não oferece a contrapartida, ou seja, a dedicação ao estudo e ao trabalho, o que lhes traria boas condições de vida por toda a existência, preferindo se manter à margem do progresso e do conforto frequentemente obtidos pelos que se esforçam. Exercem, assim, o chamado livre arbítrio, neste caso para viverem de forma pior. Muitas dessas pessoas podem enveredar pelo crime, em razão de seu descompromisso com a sociedade, e não há política de Estado que as faça mudar. A única forma de proteger a sociedade dessas pessoas é a coerção e, se necessária, a prisão.

6.2 A prisão e o hospital

A prisão pode ser facilmente comparada a um hospital. Vejamos.

Uma das funções do Estado e desejo de todos é que haja um plano eficiente de prevenção de doenças e acidentes, o que inclui saneamento básico, vacinas, educação da população, uma rede de postos de saúde para exames de rotina, médicos de família etc., com a finalidade de se evitar ao máximo que as pessoas cheguem ao ponto de necessitar de internações em hospitais.

Citemos o caso da dengue, doença típica de países tropicais não desenvolvidos. O desejo de todos é que não seja necessária a reserva de tantos leitos e profissionais para atendimento de pacientes com dengue. Fala-se, para tanto, em prevenção. Os cuidados, todos sabem. O problema é que grande parte da população (além do próprio Estado) não dá a menor atenção a esses cuidados, o que resulta em proliferação do mosquito e em transmissão em massa da doença. A criação dos tais leitos e a reserva dos profissionais, dos equipamentos e dos medicamentos torna-se, então, uma necessidade. Note-se que em vários países, por motivos diversos, não há leitos sendo utilizados por pacientes com dengue, nem há profissionais deslocados para esse atendimento. Obviamente não se pode afirmar, por isso, que a solução para a dengue é a extinção do atendimento médico-hospitalar. Ora, enquanto houver pacientes com dengue, os leitos, equipamentos, medicamentos e médicos deverão existir. Na medida em que os cuidados aumentarem e o mosquito transmissor diminuir, com a consequente diminuição da doença, os leitos diminuirão até ser desnecessários, deixando mais espaço para outros casos.

Diretamente relacionado ao dos hospitais, o exemplo do trânsito é didático. A demanda pelos mais variados profissionais da medicina, como ortopedistas, neurocirurgiões, cardiologistas etc. aumenta a cada ano em razão do sempre crescente aumento do número de acidentes de trânsito. Ninguém em sã consciência, porém, propõe diminuir a estrutura para atendimento na expectativa de diminuição do número de acidentes, o que poderia ocorrer radicalmente se as políticas de educação e punição, atualmente tímidas, mas existentes, dessem resultado.

Não se consegue nem pensar em um especialista em saúde defendendo em um congresso que não se deve aumentar o número de hospitais, para meramente focarem todos em medidas profiláticas, além de campanhas.

O mesmo ocorre com as prisões. Enquanto forem necessárias, devem elas ser construídas e ocupadas. Enquanto a prevenção não funcionar, o remédio amargo da segregação deverá ser prescrito e aplicado.

Há um consenso em torno da ideia de que a educação, a prevenção, a criação de empregos, a oferta de escolas, as penas alternativas para crimes leves, devem fazer parte de qualquer projeto de diminuição da violência. Paralelamente ao incremento de tais medidas, porém, ou enquanto elas não são tomadas ou não apresentarem resultados, as pessoas que cometem crimes graves devem ser punidas com rigor. A punição, in casu, terá tanto a função de desestimular, colaborando com as demais medidas, quanto a de inviabilizar a reiteração criminosa, ao não permitir que o mesmo indivíduo cometa muitos crimes, em uma proporção injusta, ou seja, de muitas vítimas para um só criminoso. Isso além da clássica função retributiva, ou seja, de punir.

No caso brasileiro, repita-se, há um descompasso entre a oferta de prisões e a demanda por prisões. Basta uma comparação entre a quantidade de crimes graves e a de pessoas presas para se perceber o quanto o número de prisões é pequeno, deixando fora delas um número enorme, de milhões de pessoas, que deveriam estar lá em razão de seus próprios atos e para que fosse a paz devolvida às pessoas de bem.

7 - O OBJETIVO NÃO É O DE AUMENTAR O NÚMERO DE PRESOS COMO UM FIM, MAS COMO UM MEIO

O presente trabalho não tem a finalidade de propor um aumento da quantidade de presos apenas para se obter um número, como se este fosse mágico e reduzisse a violência automaticamente.

Voltando ao exemplo do hospital, é importante lembrar que ninguém gosta de internações, cirurgias ou longos tratamentos. Ninguém, no entanto, defende a extinção de tais procedimentos, assim como não defende o aumento deles pura e simplesmente. Todos os que se preocupam com a saúde almejam mais e melhores hospitais, ainda que não desejem um aumento do número de pessoas que deles necessitem.

Continuando no exemplo dos hospitais, devemos nos lembrar que nos países desenvolvidos, em que as pessoas foram educadas para dirigir corretamente, principalmente em razão do alto rigor das punições pelas infrações e da existência de fiscalização, o número de pessoas internadas por acidentes de trânsito é muito menor. A estrutura hospitalar para esse fim também é menor, mas permanece proporcional à demanda.

Conclui-se, mais uma vez, que o número de pessoas presas deve guardar uma relação de proporcionalidade com a demanda.

8 - A PRISÃO DEVE SER RESERVADA A QUEM A MERECE

Fala-se muito em prisões injustas, por fatos leves, que em muitos casos, em razão das condições pessoais dos autores, não são mantidas após a condenação.

Noticiam-se também a todo momento casos de prisões antes do julgamento que se prolongam no tempo, pelos mais variados motivos. É hora de dar um basta nessas situações, com a implementação de prazos para os processos, fiscalização pelas Corregedorias e efetivas punições para os profissionais desidiosos, como os responsáveis por casos de pessoas que aguardam às vezes mais de um ano por uma decisão de primeira instância.

É necessário que as prisões sejam reservadas aos que as merecem, como exposto pelo então Ministro da Justiça, atual Ministro do STF.

8.1 Sobre o número atual de vagas no sistema prisional

O site G1, já citado acima, também informa que o número de vagas nas prisões brasileiras é muito pequeno. Apenas 371.459.

Deve ser ressaltado, primeiro, que para melhorar a segurança do país, conforme o aqui sugerido, devem ser construídas

muitas prisões. Não se pode esquecer, quando se pensa nas dificuldades financeiras para se pôr em prática a proposta, que prisões não são construções tão caras, isso se forem construídas de acordo com a Lei de Licitações e pelo preço real. Não há luxo algum em prisões. O acabamento é muito simples e a mobília é mínima.

Deve ser lembrada ainda a possibilidade de tais construções através de Parceria Público Privada (PPP). Segundo o Deputado Federal Domingos Sávio, de Minas Gerais, em artigo publicado no Jornal Agora, de Divinópolis (14 e 15 de maio de 2016, pág. 2), o complexo prisional de Ribeirão das Neves, construído por esse sistema, custou para a iniciativa privada a importância de R\$ 230.000.000,00 (duzentos e trinta milhões de reais), passando o Estado a investir apenas após o recebimento de presos, através do pagamento de um valor mensal por preso. Ademais, é sabido que os presos, nesse sistema, trabalham, estudam, têm assistência médica, odontológica e psicológica de qualidade, e quando há falhas ou fugas o empreendedor é punido com descontos nos repasses, o que o obriga a prestar um serviço muito melhor que aquele visto diariamente nas prisões administradas pelo Estado.

Não há dúvida, ainda, que um investimento para aumentar o número de vagas trará ao país uma economia imensa em gastos com segurança, de modo geral, o que inclui uma diminuição da demanda pelo serviço da Polícia Militar, das investigações e dos processos criminais, pois os autores não retornarão tanto aos bancos dos réus, muitas vezes diante dos mesmos Juízes e Promotores de Justiça, pois estarão presos, impossibilitados de cometerem novos crimes (efetivamente pagando por aqueles que já cometeram).

Em um país em que se constroem estádios de futebol ao preço de R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais) para a realização de três jogos não se pode falar que não há verbas para a construção de prisões. Esse valor seria suficiente para a construção de sete complexos como o acima citado, sempre lembrando que o investimento inicial pode ser feito pela iniciativa privada, cabendo ao Estado o pagamento mensal, de acordo com os serviços prestados.

9 - SOBRE O ARGUMENTO DE QUE A PRISÃO NÃO RECUPERA

O presente trabalho não tem a pretensão de entrar no mérito da questão sobre a recuperação dos presos, se ela ocorre ou não. É sabido que a reincidência no Brasil é muito alta. Ocorre que há estudos recentes que demonstram que a reincidência entre menores é ainda superior à reincidência entre adultos, o que pode ser explicado pela quase ausência de punição. Ou seja, havendo uma punição, mesmo pequena, o índice de reincidência é menor que entre aqueles para os quais é raríssima a segregação, além de limitada a prazos pequenos.

É bem provável que sendo previstas e aplicadas penas altas para os crimes, com uma execução penal também rigorosa, os índices de reincidência diminuam. É exatamente este o objetivo do presente trabalho: demonstrar que estando o criminoso atrás das grades por mais tempo, estará este, obviamente, impossibilitado de cometer novos crimes, o que, somado ao desestímulo causado pela possibilidade de um longo período enclausurado, fará com que os que já foram presos pensem várias vezes antes de reincidir, fazendo ainda com que os propensos à primeira empreitada não o façam por temerem as consequências. Precisamos implementar no Brasil as tão lecionadas teorias sobre as finalidades da pena (preventiva geral, preventiva especial e retributiva).

10 - CONCLUSÃO

Considerando que o número de crimes violentos ou praticados com grave ameaça, como os homicídios, crimes contra a liberdade sexual, sequestros e roubos, além do de furtos qualificados no Brasil são muito altos, podendo ser comparados aos de uma guerra civil, privando a população de seu direito à vida, à liberdade de ir e vir e até de usufruir do fruto de seu trabalho, deverão ser adotadas providências urgentes para que seja alterada a legislação penal com a finalidade de se elevar drasticamente as penas para tais condutas, com redução substancial dos benefícios concedidos durante a execução penal em relação às penas, o que desestimulará a prática de tais ilícitos e tirará de circulação por longos períodos os que vierem a cometê-los, impedindo-os de perpetrar novos crimes e devolvendo as ruas, as praças e demais locais públicos e privados às pessoas cumpridoras das leis.

*POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
SUSPENSÃO CONDICIONAL DO
PROCESSO NOS DELITOS EM SITUAÇÃO
DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E
REVISÃO DE ENTENDIMENTO
VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NA ADC Nº 19/DF¹*

CAROLINE CHIAMULERA

1. EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA:

Justifica-se a escolha do tema devido à existência de posicionamento vinculante do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo nos delitos relativos à violência doméstica e familiar e a inviabilidade prática de cristalização dos entendimentos vinculantes ante as mudanças fáticas do contexto social, que ensejam a mutação constitucional por meio hermenêutico e interpretativo.

¹ APROVADA POR MAIORIA

* (Ministério Público do Paraná - Curitiba)

2. CONCLUSÃO OBJETIVA COM OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EMBASAM:

O Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), na ADC nº 19/DF, julgamento ementado nos seguintes termos:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.** (ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012**, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014) – grifou-se

Ou seja, restou pacificado, pela leitura do Art. 41 da Lei Maria da Penha², seria impossível aplicar a Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. É o que se extrai inclusive do fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, em decisão em que se discutia a pretensão de aplicação do rito dos juizados especiais aos delitos, ainda que em situação de violência doméstica, utilizando-se do critério de definição de competência (Art. 60, da Lei nº 9.099/95)³, consistente na caracterização dos delitos de menor potencial ofensivo, do Art. 61, da Lei dos Juizados Especiais⁴.

A doutrina também compreende da mesma forma:

“A despeito de inúmeras críticas que foram lançadas, não há dúvida que a opção do legislador foi a mais franca possível no sentido de afastar, peremptoriamente, do âmbito do JECrim o julgamento dos crimes perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O principal argumento para essa postura se funda, em síntese, na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta pela Lei 9.099/95.

(...)

*Na mesma linha de raciocínio é o artigo publicado por Flávia Piovesan que deixa clara **a inadequação dos juizados para tratar da violência contra a mulher, quando salienta que ‘o grau de ineficácia da referida lei revela o paradoxo do Estado: romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para, então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar a vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira...Os casos de violência doméstica contra a mulher ora são vistos como mera ‘querela doméstica’, ora como reflexo de ato de ‘vingança ou implicância da vítima’, ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. Isto culmina com a conseqüente falta de credibilidade no aparato da justiça. No Brasil, apenas 2% dos acusados em casos de violência contra a mulher são condenados.’***

(...)

*Daí concordamos com as conclusões de Marcelo Lessa bastos, em artigo intitulado Violência doméstica e familiar contra a mulher; no sentido de que ‘não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, **não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo, nem***

2 Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

3 Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

4 Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º, da Lei 11.340/2006), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal (...).” (CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190/197*) – grifou-se

Ocorre que a decisão vinculante mencionada tem como principal fundamento o **princípio da proibição da proteção ineficiente da mulher em situação de violência de gênero, em suas relações domésticas, familiares e íntimas**, em interpretação constitucional do Art. 226, §8º da Constituição Federal⁵, em cumprimento ao princípio da proporcionalidade, no binômio proibição do excesso contra liberdade x proibição da proteção ineficiente/infraproteção.

Não se olvida, destarte, a existência do Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, o qual indica que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Nada obstante, é necessário que se faça um parêntese no que se refere à aplicação do instituto capitulado no Art. 89, da Lei nº 9.099/95, no que atine aos delitos de ameaça, lesões corporais e vias de fato, mesmo em situação de violência doméstica e familiar, haja vista as características de tal instituto.

A um, porque a vedação existente no Art. 41, da Lei nº 11.340/06 não abrange **expressamente** o referido instituto, de aplicação extraordinária aos delitos não inseridos no microsistema do Juizado Especial Criminal.

A dois, porque o instituto da suspensão condicional do processo não está atrelado aos Juizados Especiais Criminais e aos crimes de menor potencial ofensivo, em que pese ter vindo estampado na referida Lei nº 9.099/95. Veja-se, inclusive que o referido instituto passou a integrar o atual Projeto de Lei nº 8045/2010, que institui o Novo Código de Processo Penal, no Art. 266⁶, como parte do rito de todos os processos criminais.

A três, por questões de interpretação racional e teleológica, visando, inclusive, os fins visados pela própria Lei Maria da Penha – e declarados constitucionais na ADC nº 19/DF –, conforme anotado em seu Art. 4º, notadamente aos fins sociais a que ela se destina e, especialmente, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Assim, percebe-se que do cotejo das vedações do Art. 41, da Lei Maria da Penha e do Microsistema do Juizado Especial Criminal, o que pretendeu o Supremo Tribunal Federal foi afastar o rito dos Juizados Especiais, declarando constitucional esse afastamento por meio da referida ação direta.

Percebe-se, ademais, que o legislador ordinário ao editar a Lei dos Juizados, o fez sob a égide principiológica de que neste sistema dos Juizados o Estado não estaria intervindo diretamente nas relações entre os sujeitos de direito, relegando a estes a solução de seus problemas, por meio de institutos como a composição civil com extinção da punibilidade e a transação penal com extinção da punibilidade (institutos despenalizadores), institutos que facilitam a resolução de conflitos como técnicas de autocomposição. Em contrapartida, quando da edição da Lei Maria da Penha, contrapôs-se a esta sistemática, evitando-se que vítima e agressor pudessem afastar a não intervenção estatal (o que geraria a institucionalização da violência doméstica, da “surra” e das agressões psicológicas). Isto é, esta última lei exigiu que nesses casos específicos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Estado, efetivamente, se fizesse presente exatamente ante a condição peculiar da mulher vítima de tais situações.

De outro lado, convém esclarecer que a Lei nº 9.099/95 disciplinou a questão dos crimes de menor potencial ofensivo e as normas de competência e procedimento para o processamento e julgamento desses delitos, indicando que em relação os delitos previstos no Código Penal ou em outras leis extraordinárias, cuja pena máxima não ultrapassasse 02 (dois) anos, se pudesse aplicar os referidos institutos despenalizadores. Note-se, todo esse conjunto de delitos, ainda que previstos em legislação extraordinária ao próprio microsistema do JE CRim, está a ele atrelado, em decorrência da definição dos delitos de menor potencial ofensivo, prevista no Art. 61.

A referida Lei nº 9.099/95 foi além e inseriu, em tal contexto normativo, o Art. 89, o qual instituiu o benefício da sus-

5 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifou-se)

6 Disponível no site: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=6829D2815DE3B3615C061A949255377F.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010

penção condicional do processo aos delitos cuja pena mínima cominada seja inferior ou igual a 01 (um) ano. Neste ponto, é de se gizar que tal benefício não se restringe àqueles delitos considerados de menor potencial ofensivo (cuja pena máxima é de 02 anos), mas amplia-se a todos, desde que a pena mínima seja igual ou inferior a 01 (um) ano⁷.

Percebe-se, assim, que o Art. 89 da Lei nº 9.099/95, trata-se de uma regra geral, que incide sobre todos os tipos de delitos e procedimentos e ritos criminais. Em verdade, trata-se de um dispositivo de caráter geral, o qual, inclusive, deveria ser veiculado em outro diploma, igualmente de caráter geral, porquanto não tange somente os delitos considerados de menor potencial ofensivo do Juizado Especial Criminal. A rigor, embora apresentado juridicamente pela Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo não guarda específica ligação com esta lei. Tanto é este o entendimento, que houve sua inclusão no referido Projeto de Lei nº 8045/2010, que institui o Novo Código de Processo Penal, no Art. 266.

O questionamento que deve ser feito e que baliza a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal é: a **inaplicabilidade do instituto da suspensão condicional** do processo atende ao Art. 41, da Lei Maria da Penha e **acarreta maior proteção ou proteção mais eficiente à vítima?** Dito de outra forma: **aplicando-se a suspensão condicional do processo há proteção ineficiente da vítima?**

Ao se interpretar a Lei Maria da Penha, entendendo-se vedada a aplicação da suspensão condicional do processo, está-se a fazer com que, não raras vezes – para não dizer, comumente – a família e a própria vítima retem prejudicados pela condenação do agressor pelos delitos de vias de fato, ameaça e lesões corporais, inclusive, o torne reincidente, em tal prática, de modo que a **geração de condenações por tais delitos em nada solucionam a causa principal das agressões domésticas**, servindo a Lei, deste modo, apenas para “responder paliativamente” as contendas familiares. Isto porque as vítimas, no mais das vezes, tornam a conviver com seus agressores, com os quais já convivem há reiterados anos. Por outro lado, são extremamente **dependentes**, não só economicamente, mas, o que é pior, **psicologicamente**, deles.

Demais disso, as penas para tais delitos variam entre quinze dias a três meses de prisão simples (vias de fato); de 01 (um) mês a 06 (seis) meses de detenção (ameaça); ou de 03 (três) meses a 03 (três) anos (lesões leves), acabando por fazer com que **não haja a eficácia pedagógica ou protetiva** que se pretende com a pena. Mesmo porque não haverá punição prisional, mas tão-somente em cumprimento de pena em regime aberto.

Deve ser destacado quanto a tais penas que, considerando que há situação de grave ameaça ou violência contra pessoa, não poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos, de modo que resta ao Judiciário a aplicação da suspensão condicional da pena, nos termos do que prevê o Art. 77, do Código Penal. Nota-se, neste ponto, que, em verdade, o Art. 89, da Lei dos Juizados, prevê que o instituto da suspensão condicional do processo somente poderá ser aplicado quando “presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77, do Código Penal)”.

Ou seja, ao contrário do que se pensa, o instituto da suspensão condicional do processo funcionaria, nos casos de violência doméstica e familiar como uma antecipação dos feitos da tutela penal condenatória, fazendo com que o ônus do tempo do processo fosse redirecionado ao ofensor e não à ofendida, o qual ficaria sob regime de prova durante o período, oportunidade em que também poderia ser direcionado a participar de grupos de conscientização.

Explica-se, o resultado final da reprimenda, em relação a tais delitos (ameaça, vias de fato e lesões corporais leves), poderia, isto sim, ser antecipado por meio do instituto da suspensão condicional do processo, já que ao final, nas condenações haverá a aplicação do próprio Art. 77, do Código Penal.

O que se busca é eficiência na proteção da vítima e a resposta estatal, quando vem⁸, por meio da decisão condenatória, após novo constrangimento da ofendida em ser ouvida em juízo, muitas vezes sem outros elementos de prova da ocorrência (sendo comum ocorrer de haver somente sua versão contra a versão do ofensor e muitas vezes sendo obrigada a mentir – seja porque foi intimidada pelo ofensor, seja porque já restabeleceu o relacionamento conjugal e não quer prejudicá-lo, podendo vir a responder por denúncia caluniosa), em verdade somente corrobora o que já poderia ser realizado por meio da suspensão condicional do processo.

Nem se fale que as penas a tais delitos são insignificantes e geram a sensação inversa de impunidade, ao contrário o que se pretendia inicialmente com a não aplicação do princípio da suspensão condicional do processo. Ao se aplicar a suspensão condicional do processo haverá proteção mais eficiente da vítima porque durante o período de prova (de dois a quatro anos), antecipar-se-á os efeitos finais de eventual condenação, ressaltando-se o benefício para o ofensor quanto a extinção da punibilidade, caso venha a cumprir adequadamente as condições.

7 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (Art. 77 do Código Penal). – grifou-se

8 Vale observar que vários juízes vêm aplicando a pena sem observância do Art. 77, do Código Penal por entenderem que seria situação mais prejudicial ao réu do que a própria pena em meio aberto, além do que, há decisões que vem aplicando o princípio da bagatela imprópria (irrelevância penal do fato no que atine ao desvalor do resultado e não no desvalor da conduta).

Veja-se que, por esse viés, a questão da suspensão condicional do processo não teve sua aplicação restringida ou proibida expressamente pelo Art. 41, da Lei nº 11.340/06. A finalidade do mencionado artigo foi afastar única e exclusivamente a conclusão de que os crimes de violência doméstica e familiar contra mulheres seriam de menor potencial ofensivo, incidindo as regras transacionais e o procedimento no JECRim. Não vedou a suspensão condicional do processo, instituto jurídico diverso – que não tem a natureza transacional – e aplicado de maneira geral, observados seus requisitos legais, a todos os tipos de crimes em todos os processos criminais, inclusive sob pena de afronta ao princípio constitucional da igualdade e isonomia.

Corroborando ainda para sua aplicação nos delitos em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, a interpretação de que o referido instituto alcança a finalidade prevista no Art. 4º, da Lei Maria da Penha, no sentido de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como equaciona a questão da proteção à mulher, a preservação da família e o estado de dignidade do acusado. Mesmo porque o §8º, do Art. 226, da Constituição não pode ser interpretado isoladamente sem o próprio caput, segundo o qual se deve preservar a família.

Nesse diapasão, em se tratando de tais delitos, ainda que o Art. 41, da Lei nº 11.340/06 determine de modo expresso a não aplicação da Lei nº 9.099/95, há que ser feita interpretação conforme a Constituição Federal de modo a tornar possível a suspensão do processo criminal, mediante a aplicação de determinadas condições, porque se trata mesmo de instituto inerente à justiça restaurativa, em cumprimento mesmo à Recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de:

“c) O estabelecimento de **formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares**, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera.”¹⁰

Em voto esposado pelo Ministro Celso Limongi em seu voto, no HC 154801/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 03/11/2011, houve entendimento nesse sentido:

“A interpretação literal do artigo 41 da Lei Maria da Penha, no entanto, não é pacífica.

Em matéria intitulada “A aplicabilidade das Leis nºs. 11.340/06 e 9.099/95 relativamente à suspensão condicional do processo, sob o prisma da Constituição Federal, Carlos Eduardo Contar, em “Estudos contemporâneos de Direito Público em homenagem ao Ministro César Asfor Rocha”, editora Pillares, 2010, vários autores, pág. 295 e seguintes, deixou assentado que: (...) Os primeiros embates jurídicos se concentraram na busca da declaração incidental de inconstitucionalidade da referida lei, especialmente no que diz respeito ao Art. 41, porque esse dispositivo estabeleceu a vedação – absoluta – quanto à aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 às ações penais em que estiver sendo apurada alguma forma de violência doméstica contra a mulher. No tocante à inconstitucionalidade do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, pode-se afirmar que não há posicionamento definitivo e uniforme sobre a questão. **Entretanto, o objetivo do presente trabalho não é discutir sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, mas sim de explorar outras hipóteses de fundamentação para a aplicação harmônica de ambos os institutos, especialmente no que diz respeito à possibilidade de suspensão condicional do processo.** Mister se faz esclarecer que as Leis nºs. 11.340/06 e 9.099/95 não são totalmente incompatíveis – semântica e tecnicamente – porque ambas são constitucionais e, portanto, válidas. Trata-se de um problema no âmbito da eficácia do plano infraconstitucional – de aplicabilidade, portanto – e não de validade perante o ordenamento jurídico, que será resolvido no momento em que se descobrir qual o alcance da restrição criada pelo Art. 41 da Lei Maria da Penha. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO SOLUÇÃO INICIAL PARA POSSIBILITAR A APLICAÇÃO DO Art. 89, DA LEI Nº 9.099/95. Em um primeiro momento, constata-se que a norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06 não possibilitaria outras interpretações senão aquela expressa em seu texto, no sentido de ser inaplicável a Lei nº 9.099/95 às hipóteses de violência doméstica contra a mulher. Utilizando-se dos critérios tradicionais de interpretação para a resolução de conflito aparente de normas; tem-se que a Lei Maria da Penha é mais recente e especial em relação à Lei dos Juizados Especiais – sendo ambas da mesma hierarquia – levando os intérpretes, em geral, à solução mais óbvia e literal quanto ao tema, que é a completa inviabilização da suspensão condicional do processo prevista no Art. 89 da aludida lei. O viés interpretativo cabível para a melhor adequação da norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, à Constituição, especialmente quanto ao seu Art. 226, § 8º, que diz respeito à proteção da família como célula-mater da sociedade, é a inexistência de ofensa da medida de natureza pro-

9 Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

10 O relatório completo pode ser consultado em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

cessual, que nenhuma proteção retira da mulher ofendida no âmbito das relações domésticas. Se o principal fundamento constitucional para a elaboração da Lei nº 11.340/06 – além da isonomia material ou substancial – é a proteção a um dos membros da família, em razão da sua desvantagem no âmbito doméstico, esse mesmo alicerce deve ser levado em consideração pelo intérprete para delimitar a aplicabilidade de um dos dispositivos da lei supracitada. (...) **A relativização da norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, não pode ser implementada por intermédio de métodos tradicionais de resolução de conflitos aparentes de normas, e por isso a melhor solução para o impasse é utilizar a técnica denominada interpretação conforme a Constituição (...) (...) Desse modo, eventual reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 não significa que a referida legislação vede todos os mecanismos processuais previstos na Lei nº 9.099/95, como é o caso da suspensão condicional do processo, prevista no seu Art. 89. Isso porque a razão de ser da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, especialmente quanto ao seu artigo 41, é que a Lei nº 9.099/95 significaria o atendimento aos princípios da isonomia e ao Art. 226, § 8º, da Constituição Federal, por inviabilizar a proteção da parte mais fraca das relações domésticas, no âmbito processual e material. Na verdade, o que não se fez até o momento foi analisar se todos os mecanismos processuais contidos na Lei nº 9.099/95 são materialmente contrários à proteção resguardada pelo Art. 226, § 8º, da Carta Magna. É justamente nesse ponto que as interpretações dadas a casos de violência doméstica apresentavam um equívoco grave, baseado na generalização quanto à vedação conferida pelo Art. 41 da Lei Maria da Penha.** Assim, mesmo se considerando constitucional algum dispositivo específico ou a integralidade da Lei nº 11.340/06, **é certo que ainda restaria aos Tribunais a hipótese de se manifestar não mais sobre o plano de validade da norma questionada, mas sim a respeito do plano de eficácia** da mesma, ou seja, a respeito de qual o limite concreto da restrição criada por uma norma infraconstitucional em face de outra, da mesma hierarquia. Há vedação quanto aos institutos despenalizadores ou benéficos da Lei nº 9.099/95, de acordo com a nova legislação, sendo certo que normas jurídicas que possuem caráter absoluto são excepcionais, devendo ser justificada a referida excepcionalidade. **Ao vedar todo o conteúdo da Lei nº 9.099/95 – sem especificar um ou outro dispositivo que atentasse contra a segurança da mulher no âmbito da família – a cognominada “Lei Maria da Penha” acabou por atingir até mesmo o mecanismo processual** que nenhuma relação tem com o respeito à isonomia ou à segurança da mulher no ambiente doméstico, conhecido como sursis processual. Ora, tanto a Lei nº 11.340/06 quanto a Lei nº 9.099/95 são constitucionais. Entretanto, o julgador tem o dever de esclarecer e determinar qual o limite da vedação contida na “Lei Maria da Penha” – em obediência ao princípio da proporcionalidade – ao invés de simplesmente adotar uma interpretação literal e automática quanto à sobredita restrição. **Desse modo, é evidente que o Art. 89, da Lei nº 9.099/95, que possibilita a suspensão condicional do processo, não ofende os princípios da isonomia e da proteção da família, pois estabelece uma regra processual que não fragiliza a mulher no âmbito doméstico, nem possibilita que a conduta praticada pelo acusado resulte no pagamento de cestas básicas ou em prestação de serviços à comunidade. (...) Portanto, ao contrário do que se tem alardeado contra a aplicação da Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo é medida terminativa do processo e possui nítido cunho pedagógico e intimidador em relação ao agressor. Quando não cumpridas as condições determinadas pelo juízo após o oferecimento da proposta pelo representante do “Parquet”, a ação penal transcorrerá normalmente até a sentença, e não será possível outra oportunidade de concessão de sursis ao mesmo acusado. E ainda há que se considerar o fator da efemeridade da (sic) sursis processual, porque não será permitida a repetição do benefício ao infrator renitente na violência doméstica contra a mulher; uma vez utilizado o benefício, o Art. 89 da Lei 9.099/95 veda àqueles que pratiquem novo delito a concessão da benesse processual.** Portanto, muito embora tenha que se reconhecer como constitucional a Lei nº 11.340/06, a sua eficácia restritiva em relação à Lei nº 9.099/95 não atinge todos os benefícios instituídos nesta última norma, devendo ser excluída da vedação o seu Art. 89, que possibilita a sua suspensão condicional do processo, **eis que esse mecanismo processual não limita ou afasta as medidas protetivas trazidas pela lei nova.** (...) No caso em exame, o paciente fora denunciado e condenado, porque, na data dos fatos, ofendera a integridade corporal de sua companheira, Mari Cleiri Yule de Rezende, apertando seu pescoço, tentando sufocá-la. Não restam dúvidas, pois, de que o delito foi praticado no âmbito familiar, contra mulher. **Em que pese o entendimento desta e. Sexta Turma, no sentido de que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não se aplica aos casos de violência doméstica contra a mulher, ousou divergir desse entendimento, considerando as peculiaridades do caso concreto, adotando, em especial, o entendimento aceito por parte da doutrina, e transcrito acima, de que a suspensão condicional do processo**

não resulta em afastamento ou diminuição das medidas protetivas impostas à mulher, pelo legislador. E isto, porque, se o agente descumprir as condições impostas, o benefício pode ser revogado. E se reincidir na conduta, não poderá contar, uma segunda vez, com o “sursis” processual. Em suma, contrariando o entendimento da E. Turma e afastando a interpretação literal do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, concedo a ordem, para cassar o v. acórdão e a r. sentença, determinando a realização de nova audiência, para que o paciente se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Estadual.” (grifou-se)

Com todo respeito ao Sodalício Supremo, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher são, em regra, gerados em decorrência de conflitos deflagrados pelo uso de bebidas alcoólicas ou dependência química de outras substâncias entorpecentes pelo agressor, para além de outras tantas origens do problema da violência familiar (machismo, alto nível de exigência social quanto ao papel masculino e também feminino, misoginia, agressividade mais intensificada, baixo nível cultural e tantas outras).

Ao se permitir a suspensão condicional do processo, obviamente nos casos em que o Art. 89 autoriza (requisitos objetivos e subjetivos), até mesmo com possibilidade de anuência da vítima, não se está negando a ela a tutela jurisdicional, ou o socorro de que necessita, tampouco fazendo com que o processo se transforme num balcão de negócios em que se negocia “pena de cesta básica”, como pretende evitar o Art. 17, da Lei Maria da Penha, mas, efetivamente, propiciando que o agressor, que a vítima e que a família possam ser restaurados, com efetiva intervenção do Poder Público, especialmente, quando as condições da suspensão condicional são estabelecidas visando o acompanhamento da família, do casal, por meio dos equipamentos da assistência social ou de equipe técnica específica de apoio às situações de violência doméstica.

“Acima de tudo, o escopo da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização derivada do próprio processo. Como consequência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória. O processo em si já é penoso para o acusado. Participar dos seus rituais (a citação em sua casa, o interrogatório, oitiva de testemunhas etc.) configura um gravame incomensurável. A suspensão condicional, dentre outras, tem a virtude de evitar as denominadas ‘cerimônias degradantes’ (GRINOVER, Ada Pellegrini [ET all], 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263)

Isto porque o acusado terá seu processo suspenso sob prova, por dois a quatro anos, devendo cumprir condições legais e judiciais diferenciadas (sugeridas, quase que como regra, pelo Ministério Público) previamente estabelecidas, dentre as quais aquelas previstas no Art. 22 e no Art. 23, inciso I em concurso com o que define o Art. 29 e Art. 30, da própria Lei nº 11.340/06 e **frequência a grupos de orientação e conscientização.**

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

(...)

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

(...)

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados – e cuja criação foi declarada constitucionalmente como facultativa – poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições, que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao Juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, **e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.**” (grifou-se)

Veja-se, que o acusado ficará, durante esse tempo, submetido à constante patrulhamento estatal e da própria vítima, tendo a oportunidade de demonstrar senso de responsabilidade e provar à vítima que é pessoa de bem. Qualquer desvio de conduta ou descumprimento das condições ensejará a revogação do benefício e retomada do curso processual.

“Um conjunto articulado de ações entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais, efetivará as obrigações assumidas pelo Brasil quando da ratificação da Convenção de Belém do Pará (Art. 8º), tais como adotar programas para: ‘a) fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos; b) modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo a construção de programas de educação formais e não-formais apropriados a todo nível de processo educativo, para contrabalançar preconceitos e costumes e todo outro tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher; **c) fomentar a educação e a capacitação do pessoal na administração da justiça, policial e demais funcionários encarregados da aplicação da lei, assim como do pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher; d) aplicar os serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher objeto de violência, por meio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação para toda a família, quando for o caso, e cuidado e custódia dos membros afetados; e) fomentar e apoiar programas de educação governamentais do setor privado destinados a conscientizar o público sobre os problemas relacionados com a violência contra a mulher, os recursos jurídicos e a reparação correspondente; f) oferecer à mulher, objeto de violência, acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;** g) estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e a realçar o respeito à dignidade da mulher; h) garantir a investigação e recompilação de estatísticas e demais informações pertinentes sobre as causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, com o objetivo de avaliar a eficácia das medidas para prevenir, punir e eliminar a violência contra mulher e de formular e aplicar as mudanças que sejam necessárias; e i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências e a execução de programas destinados a proteger a mulher objeto de violência.

(...)

O Promotor de Justiça do Distrito Federal, Fausto Rodrigues de Lima narra sua experiência em projeto desenvolvido na cidade de Samambaia, que bem ilustra a forma pela qual, na prática se desenvolve a atuação de grupos multidisciplinares. Assim, em parceria com a Universidade Católica do Distrito Federal, criaram-se grupos de reflexão para usuários de drogas e para pessoas envolvidas com maus tratos de crianças e de adolescentes. Também os Alcoólicos Anônimos e os Narcóticos Anônimos participaram do projeto, na medida que a gênese de várias agressões se encontra no uso abusivo de álcool e drogas. Há, ainda, a participação dos Grupos Familiares Al-Anon (surgiu em Nova York, em 1951, existindo no Brasil desde 1965, com sede em São Paulo), que se constitui em uma entidade voltada para os familiares e amigos dos alcoólicos. São grupos de reflexão, semelhantes ao AA, mas voltados às pessoas cujas vidas foram afetadas pelo abuso de álcool de algum familiar ou conhecido. Estabeleceu-se, ainda, parceria com o CDM-Conselho dos

Direitos da Mulher/DF, que criou um Núcleo de Violência Doméstica Permanente no Fórum de Samambaia, para atendimento em grupo e individual de agressores e vítimas.” (CUNHA, Rogério Sanches, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67/68 e p. 172/173)

Ressalta-se que a violência doméstica tem retratado, no aspecto criminal, fatores e circunstâncias sociais que precedem à tipificação penal. Isto é, as situações de violência doméstica chegam a conhecimento antes do Delegado, Promotor de Justiça e Juiz do que de equipamentos de assistência e promoção social, invertendo postulados de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

Por este aspecto, por que não se utilizar do instituto da suspensão condicional do processo para remeter, como válvula de reenvio, aos mecanismos e equipamentos do poder público a tarefa primordial que lhes compete de prevenção da violência? Por que o Estado, por meio do Poder Judiciário não pode atuar na tarefa repressiva e preventiva da violência doméstica, que é inclusive pauta da Lei Maria da Penha, em seu Art. 8^o¹¹, já que ao responder ao processo suspenso o denunciado estaria obrigado a evitar a reiteração delitiva, muito comum em se tratando de violência doméstica e familiar?

Deste modo, por meio do instituto da suspensão condicional do processo¹², pode-se estabelecer condições como a frequência a determinados programas, em consonância com o que já prevê a Lei Maria da Penha, de modo obrigatório, extraindo-se que o instituto bem atende aos anseios da vítima e da família.

Ademais, o denunciado terá a oportunidade de demonstrar senso de responsabilidade, ao Estado e à família, bem como não sofrerá anotação criminal em sua folha de antecedentes, o que apenas prejudica o seu futuro e até da sua família, pois poderia ser impedido de conseguir trabalho remunerado, o que não é incomum acontecer.

A prática vem demonstrando que, habitualmente, processos dessa natureza, sem a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, é que culminam em impunidade. Os fatos normalmente ocorrem no recôndito do lar, sem testemunhas presenciais, alicerçados apenas nas declarações da vítima. Esta, encontrando-se no paradoxo acima (processar e ver condenado seu marido e pai dos filhos), em juízo, traz versões antagônicas inocentando o réu e gerando, até mesmo, responsabilização da vítima que vem a juízo falsear com a verdade. A aplicação de tal instituto, como medida de política criminal, apenas viria a fortalecer a tutela das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, portanto, em nítido caráter de Justiça Restaurativa.

Assim, considerando a interpretação conforme à Constituição, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal embora possuam força vinculante são passíveis de revisão, haja vista a necessidade de mutação constitucional, é forçosa a análise da suspensão condicional do processo nos processos criminais instaurados para apurar prática de violência contra a mulher ainda que em situação familiar e doméstica, como medida de política criminal e de Justiça Restaurativa, em que, se inicia a intervenção estatal na seara criminal, mas evita-se a reiteração e o ciclo de violência com a abertura que o processo punitivo confere, por meio de tal instituto, a outras instâncias, as quais deveriam ser a primeira mão na intervenção e prevenção/repressão da violência doméstica e familiar, nos moldes do que prevê o Art. 226, §8^o da Constituição Federal.

Estar-se-ia, desta forma, impulsionando o fortalecimento de outros mecanismos estatais para prevenção da violência em outras searas da incidência do Sistema de Justiça, fortalecimento empoderamento/emancipação psicossocial inclusive para a vítima, já que dados do IBGE demonstram que em torno de 40% das famílias brasileiras são chefiadas por mulheres¹³

Quanto à possibilidade de revisão dos julgamentos vinculantes, percebe-se que seria possível a revisão do entendimento firmado por necessidade de atualização dos precedentes judiciais, a fim de evitar a fossilização do entendimento constitucional. Trata-se do fenômeno chamado *overruling*.

A propósito:

“A vocação de permanência da Constituição exige uma aptidão modificativa. Se a permanência constitucional é ‘ideia inspiradora do constitucionalismo moderno’, exigem-se procedimentos para que a Constituição possa se adaptar, como processo público, aos acontecimentos de sua época, sem

11 “Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

(...)

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;” (grifou-se)

12 Art. 89, §2º, da Lei nº 9.099/95: “§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.” (grifou-se)

13 Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1714906-proporcao-de-familias-chefiadas-por-mulheres-chega-a-40-em-2014.shtml>.

detrimento da integridade do seu sentido. Uma Constituição que proíba sua própria alteração está fadada ao fracasso. A previsão de instrumentos para reforma constitucional funciona como mecanismo de longevidade constitucional.

(...)

A mutação constitucional está ligada à alteração da realidade. Esse fenômeno envolve dois fatores: o temporal, consistente no reconhecimento da historicidade do ordenamento, e o social, decorrente da outorga de relevância interpretativa a elementos externos ao enunciado normativo, sejam econômicos, ideológicos ou políticos. Afinal, nenhuma Constituição se apresenta como uma obra terminada.

(...)

A mutação somente pode ser entendida como uma modificação do conteúdo da norma no seu próprio interior, não como resultado de transformações efetuadas à margem das disposições constitucionais. A mudança no conteúdo da norma não é consequência de um ato de coordenação entre normalidade e normatividade. A mutação ocorre porque as realidades capturadas pelo âmbito normativo estão sujeitas a mudanças históricas por meio do processo de concretização, sem que o programa normativo seja modificado.

(...)

A mutação constitucional é admissível em face da ordem jurídica, enquanto manifestação do poder constituinte difuso, desde que decorrente da própria Constituição, como resultado do desenvolvimento social, político e econômico, para dar-lhe efetiva aplicação.” (DIAS, Cibele Fernandes. Mutação constitucional. In: Direito constitucional brasileiro. v. 1. CLÈVE, Clèmerson Merlin, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63/79)

Podem ser citados exemplos desse processo de mutação constitucional por meio de reinterpretção do Supremo Tribunal Federal (*overruling*) em julgados como HC nº 82.959/2006 e o atual HC nº 118533/2016¹⁴, ADI nº 1.851 x RE 593849 de 05/04/2017¹⁵ e ADI nº 2663/RS, julgada em 08/03/2017¹⁶.

14 Tratando em 2006 sobre a hediondez do delito de tráfico de drogas e progressão de regime, inclusive para o tráfico privilegiado do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, com efeito vinculante, e atualmente revendo a desarmonia de manter o tráfico privilegiado como sendo de caráter hediondo.

15 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJE-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017).

16 O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 11.743/2002 do Estado do Rio Grande do Sul, conferindo à decisão efeitos “ex nunc”, a partir da publicação da ata deste julgamento. A lei impugnada assegura às empresas patrocinadoras de bolsas de estudo para professores que ingressam em curso superior a possibilidade de exigir dos beneficiários serviços para implementação de projetos de alfabetização ou aperfeiçoamento de empregados dessas empresas, bem como outras atividades compatíveis com a sua formação profissional. O art. 3º da lei impugnada autoriza o Poder Executivo a conceder à empresa patrocinadora incentivo equivalente a 50% do valor da bolsa, a ser deduzido do ICMS. De um lado, a Corte entendeu que o princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. A “prospective overruling”, antidoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao STF rever sua postura em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca a norma da Constituição. Dessa forma, a competência legislativa de Estado-Membro para dispor sobre educação e ensino, prevista no art. 24, IX, da CF, autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores em aprimoramento do sistema regional de ensino. Por outro lado, considerou que o pacto federativo reclama, para preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-Membros para concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF e como disciplinado pela LC 24/1975, recepcionada pela atual ordem constitucional. Por esse motivo, o art. 3º da Lei 11.743/2002 padece de inconstitucionalidade. Ao conceder benefício fiscal de ICMS sem a antecedente deliberação dos Estados-Membros e do Distrito Federal, caracteriza-se hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal, em desarmonia com a Constituição. Vencido, em parte, o ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido. Para o magistrado, não se trataria, no caso concreto, de guerra fiscal, por não ter havido implemento de um benefício fiscal propriamente dito, mas simples contrapartida para as empresas que resolvessem adentrar esse campo e financiar o aprimoramento da classe dos professores.

ADI 2663/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8.3.2017. (ADI-2663)

Por fim, deve ser ressaltado que já há vozes na doutrina balizando a possibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo:

“A conclusão, cujos fundamentos serão trazidos adiante, é no sentido de total compatibilidade, razão pela qual a apropriada revisão legislativa há que ser colocada em marcha, com o fito de, textualmente, incluir a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos processos cujos crimes são objeto da Lei Maria da Penha. A necessidade de alteração legislativa reside no fato de que o STF, ao tratar do art. 41 (na ADI 4424), declarou-o constitucional e, dando interpretação literal ao seu conteúdo, entendeu de afastar a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 (incluindo a suspensão condicional do processo).” (BIANCHINI, Alice. A decisão político-criminal de afastar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo é a mais adequada para melhor responder aos objetivos da Lei Maria da Penha? Parecer elaborado para o Fórum Nacional de Juízes da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (**FONAVID**), juiz *Álvaro* Kalix **Ferro**, sobre a conveniência, ou não, em termos de política criminal, da aplicação da suspensão condicional do processo a casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Março, 2015).

Em conclusão, quer parecer que a resposta ao questionamento é de que seria mais eficiente a proteção da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, quando aplicado o instituto da suspensão condicional do processo em posicionamento diverso do atual entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal, mantendo-se o ciclo de violência com aplicação das penas insignificantes para os delitos de ameaça, vias de fato e lesões corporais leves.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS:

ADC nº 19/DF

BIANCHINI, Alice. A decisão político-criminal de afastar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo é a mais adequada para melhor responder aos objetivos da Lei Maria da Penha? Parecer elaborado para o Fórum Nacional de Juízes da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (**FONAVID**), juiz *Álvaro* Kalix **Ferro**, sobre a conveniência, ou não, em termos de política criminal, da aplicação da suspensão condicional do processo a casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Março, 2015

CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Cibele Fernandes. Mutação constitucional. In: Direito constitucional brasileiro. v. 1. CLÈVE, Clèmerson Merlin, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63/79

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. all], 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HC 154801/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 03/11/2011

HC 185.930/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 23/05/2011

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penas e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RHC 54.493/SP, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015.

PENA DE PRISÃO, DE BECCARIA A FOUCAULT, UM MAL NECESSÁRIO¹

CLÁUDIA RODRIGUES DE MORAIS PIOVEZAN

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. Rudolf Von Ihering – A luta pelo Direito.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

*Ministério Público do Estado do Paraná

Com cada vez mais frequência, os noticiários gastam muitos dos seus preciosos minutos e os jornais gastam muita tinta e papel para tratar de assuntos relacionados às precárias condições das carceragens brasileiras. O conforto ou o desconforto de presos passou a fazer parte das conversas cotidianas dos brasileiros, que diariamente são bombardeados com (des) informações sobre o assunto.

Na maioria dos órgãos de imprensa, jornalistas fazem jorrar o discurso *pietatis causam*, cobrando do Estado e, portanto, do contribuinte e do espectador/leitor, mais investimentos nas prisões, a fim de garantir “condições dignas” aos criminosos. E sempre aparecem os “experts” para defender a liberdade para condenados.

O site globo.com noticiou, em letras garrafais, no dia 04 de janeiro de 2017, que **“O Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016”**². Ao longo do texto, o jornalista esclareceu que foram 379 mortes, numa evidente tática de arredondar para cima para impressionar mais, mas como já afirmou Samuel Johnson “Números redondos são sempre falsos”.

O mesmo site noticiou, em 28 de outubro de 2016, que **“Número de homicídios no Brasil é maior do que o de países em guerra”**, esclarecendo que, no ano de 2015, 58.000 pessoas foram assassinadas³, dando destaque, todavia, à responsabilidade da polícia pelo aumento das estatísticas, com cerca de 09 mortes por dia. Contudo, num cálculo grosseiro, verifica-se que a grande responsável pelos “assassinatos em massa”, **a polícia**, teria matado 3.285 pessoas desse total. Assim, constata-se, por conseguinte, que mais de 54.000 morreram pelas mãos e armas de criminosos civis e, dentre as vítimas, também há policiais. Entretanto, os destaques são para a violência da polícia e, ao mesmo tempo, ao “excessivo encarceramento”, e ainda se explora à exaustão que a população carcerária brasileira chegou a mais de 622 mil detentos em 2014⁴ (esses dados estão ao alcance de poucos cliques na web).

Diante desse quadro catastrófico, não faltam “especialistas” nas redes sociais, nos blogs, nas revistas jurídicas e nos noticiários para pregar, do alto de sua autoridade e sentimentalismo, que o autoritário Estado Brasileiro encarcera em demasia e injustamente, sugerindo soluções absurdas como liberação imediata dos encarcerados, essas vítimas da sociedade capitalista e burguesa; prisão domiciliar geral e irrestrita; legalização das drogas; abolição penal; etc. Enfim, cada um com uma sugestão de panaceia para sensibilizar a opinião pública. Assim, a prisão vai se tornando, no imaginário popular, o castigo inaceitável, inadmissível e opressor. E cada palpiteiro vai avocando para si o papel do novo Beccaria, como se fosse simples criar um novo paradigma para tratar do criminoso e da pena.

Esse modesto texto não objetiva tratar de estatísticas para desconstruir essas falácias, afinal, já afirmou Disraeli que *“existem três tipos de mentira: as mentiras, as mentiras deslavadas e as estatísticas”*. Ademais, outros já o fizeram com brilhantismo. O Procurador de Justiça paranaense, Rodrigo Régner Chemim Guimarães, em 06 de janeiro de 2017, em seu perfil na rede social facebook⁵, numa análise sobre o tema, chegou a citar a seguinte cifra: *Só no Paraná, portanto, e levando em conta só e tão somente estes quatro crimes (homicídio doloso, estupro, roubo e tráfico de drogas) são 81.000 crimes ao ano; ou 810.000 ao longo dos últimos dez anos*. Daí se pode inferir que se levássemos em conta todas as ocorrências criminais registradas e não registradas, poder-se-ia alcançar um número altíssimo de crimes, demonstrando a falaciosa alegação de que todo crime, ainda que de menor potencial ofensivo, gera prisão⁶.

Todavia, fazer um levantamento, ainda que grosseiro, acerca do número de crimes registrados anualmente no Brasil não é tão simples quanto obter o número de encarcerados ou o número de homicídios, em especial, aqueles praticados por agentes do Estado, incumbidos da segurança pública, e tratar do número de presos sem apresentar os números da criminalidade; dizer que 40% dos presos são provisórios, sem apresentar a porcentagem desses que são reincidentes e habituais, parece mais um artifício de mentir com estatísticas, tema abordado com profundidade e humor na obra “Como mentir com estatísticas”, de Darrell Huff.

*“A linguagem secreta da estatística, tão atraente em uma cultura voltada para os fatos, é empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas. Métodos e termos estatísticos são necessários para relatar dados de tendências sociais e econômicas, condições de negócios, pesquisas de opinião e censos. No entanto, sem redatores que usem as palavras com honestidade e conhecimento, e sem leitores que saibam o que elas significam, o resultado só pode ser um absurdo semântico. ... Uma estatística bem-arrumada é melhor do que a “grande mentira” de Hitler: ela engana, mas a culpa não pode ser atribuída a você.”*⁷

A questão, como tem sido colocada, é basicamente decidir se chegamos ao ponto em que a pena de prisão deve ser abolida, já que tem sido exaustivamente defendido por parcela dos “especialistas” que sua manutenção ofende direitos fundamentais.

2 <http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>

3 <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/numero-de-homicidios-no-brasil-e-maior-do-que-o-de-paises-em-guerra.html>

4 <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>

5 <https://www.facebook.com/rodrigo.regnerchemimguimaraes/posts/1302445566478551>

6 No Estado do Paraná, alguns dados podem ser obtidos no site da Secretaria Estadual da Segurança Pública e Administração Penitenciária- http://www.seguranca.pr.gov.br/arquivos/File/Relatorio_Estatistico_3Trimestre_2016.pdf

7 HUFF, Darrell. How to lie with statistics – Como mentir com estatísticas. 1954. Ed. Intrínseca. Rio de Janeiro. 2016, p. 16 e segs.

Pelo menos desde o Iluminismo, a civilização ocidental vem se debatendo em busca de uma solução para o crime e a correspondente pena, entre elas, a pena de prisão. O jovem Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764, ao 26 anos de idade, lançou ao mundo a sua obra *Dei delitti e delle pene*, na qual aborda entre outros temas: a origem das penas e do direito de punir, o crime, o processo, e as penas, destacando a insensatez de penas corporais ou verdadeiros suplícios impostos por monarquias absolutistas. Um marco do Direito Penal moderno, os princípios ali contidos são, em grande parte, os princípios do Código Penal e da Constituição Brasileira. No entanto, a despeito de todo o humanismo que permeia essa obra paradigmática, Beccaria reconhece como válida a pena de prisão que deve estar alicerçada em indícios que apontem para a culpabilidade do autor do crime, bem como esses indícios devem estar especificados na lei: *“A voz pública, a fuga, as confissões particulares, o depoimento prestado por um cúmplice no crime, as ameaças que foram feitas pelo acusado, seu ódio sem limites ao ofendido, um corpo de delito palpável, outras presunções idênticas, são suficientes para permitir a prisão do cidadão”*⁸.

Beccaria chegou a defender hipóteses em que a própria pena de morte seria defensável, algumas das quais se enquadrariam perfeitamente à situação brasileira atual, e nem é o que se defende aqui:

*“A morte de um cidadão apenas pode ser tida como precisa por razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder a sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem, e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, a sua existência, podendo acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.”*⁹

Não seria, por exemplo, o caso de alguns chefes de facções criminosas que criam o caos nas cidades brasileiras mesmo estando custodiados no sistema penitenciário? Não estaríamos em um período em que as leis estão sendo substituídas pela desordem? Basta lembrar o ocorrido no Estado do Espírito Santo quando da “greve” de policiais militares ou mesmo da barbárie das mencionadas dezenas de milhares de homicídios a cada ano.

Pois bem, não se milita aqui em prol da pena de morte, o que é vedado pela nossa Constituição Federal. O que se defende é, pelo menos, o estrito cumprimento da lei, a qual já é bastante complacente com o criminoso. Transação penal, suspensão condicional do processo, pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, regime aberto, progressão de regime, remição de pena até por leitura, livramento condicional, indultos, etc. Mas ainda assim, os “modernos penalistas” querem mais laxismo! O que mais se quer? Aparentemente, apenas o caos e a desordem absoluta.

Louk Hulsman, professor holandês de Direito Penal, em sua obra *PENAS PERDIDAS, O SISTEMA PENAL EM QUESTÃO*, defende o abolicionismo penal e, sem entrar nas minúcias de suas ideias e ideologia, o fato é que Hulsman, não querendo se colocar apenas na condição de crítico do sistema, o que sabe fazer muito bem, propõe-se a apresentar alternativas ao sistema criminal. Assim, ele traz 3 alternativas que considera relevantes e paradigmáticas para provar a sua tese de que há outro caminho. Dentre elas, cita-se a primeira apenas para ilustração, a qual é baseada em sua experiência como vítima de 3 furtos em sua residência, em curto período, nos quais poucos objetos de pequeno valor foram subtraídos. Segundo ele, os ladrões quebravam ovos pela casa e deixavam bitucas de cigarro no chão, a polícia era chamada, processava o local do crime, mas não lhe dava esperanças de que os autores seriam identificados. Narra ele os seus sentimentos angustiantes de vítima, até chegar ao alívio pela conclusão de que nada mais grave tinha lhe acontecido ou à sua família. Após algum tempo, os autores, 3 adolescentes, foram identificados pela polícia, e ele iniciou uma espécie de amizade com os pequenos infratores e suas respectivas famílias. Compuseram-se. O processo criminal foi levado a efeito contra a sua vontade, contudo, sem maiores danos à vida e ao futuro dos jovens. Terminaram todos felizes e amigos. Mas, a despeito da crítica radical ao aparato criminal, ele reconhece que o trabalho da polícia foi fundamental para que ele pudesse sair satisfeito de sua condição de vítima de crimes, conciliado com os pequenos delinquentes¹⁰.

Uma narrativa poética e fascinante. Mas voltando ao mundo real, é de se convir que se o sistema penal fosse abolido, não haveria polícia a quem recorrer. Seguindo ainda dentro da realidade, nem todos os delitos são praticados por jovens que possuem famílias que ainda mantêm algum senso moral e ético. Nem todos os crimes são praticados sem violência. Nem todas as vítimas estão dispostas a se tornarem amigas de seus algozes. Qual seria a alternativa nesses casos? A lei de Talião ou a mera aceitação da violência em prol da “justiça social”? Seria fascinante ver a narrativa do Sr. Hulsman caso ele ou alguém de sua família fosse barbaramente agredida, estuprada, assassinada e despedaçada, ou mesmo corrompida pelo tráfico de drogas, o que é mais próximo da realidade brasileira nos dias atuais, do que singelos furtos por adolescentes bem-criados e entediados.

Uma questão que tem sido afastada do debate é sobre o tipo de criminosos que têm sido levados ao cárcere, pois o assunto tem sido debatido como se todos os presos fossem indivíduos inocentes e puros, aquele bom selvagem de Rousseau, que não possui livre arbítrio, e é apenas um feixe de reflexos, pois não dispõe de inteligência e nem vontade, e não o pecador que precisa de freios para poder viver em sociedade.

⁸ BECCARIA, Dos delitos e das penas. Hemus Editora Ltda. 1983. pág. 21.

⁹ Obra cit. pág. 45 e seg.

¹⁰ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O sistema penal em questão. Niterói. Luam Editora. 1993. pág.164 e segs.

“Na visão de mundo psicoterapêutica adotada por todo bom progressista, o mal simplesmente não existe; temos apenas a vitimização. O ladrão e o roubado, o assassino e o assassinado são todos vítimas das circunstâncias, subjugados e unidos pelos acontecimentos. As futuras gerações (espero) acharão curioso como, justamente no século de Stalin e Hitler, pudemos ser tão veementes em nossa obstinada negação quanto à capacidade do homem para o mal.”¹¹

Franz Von Liszt, um jurista “à moda antiga”, defendia a existência de três tipos de delinquentes e que para cada um desses tipos era necessário se estabelecer uma pena diferente, haja vista que “a pena correta, vale dizer, a pena justa, é a pena necessária”, dizia ele. Aos delinquentes ocasionais, “isto é, aqueles para quem o delito em que incorreram constitui um episódio, ou uma aberração atribuível principalmente a influências exteriores”, ele defendia que a mera intimidação seria pena suficiente para restaurar a autoridade da norma violada. Para os delinquentes necessitados de correção, isto é, “aqueles com disposição hereditária ou hábito adquirido de propensão ao crime, mas ainda não irremediavelmente perdidos”, afirmava ele que esses principiantes do crime, frequentemente podem se salvar, sempre e quando forem submetidos a uma disciplina séria e contínua: “Por isso, o mínimo da pena não deveria baixar, em meu conceito, a menos de um ano de reclusão. Não há nada mais desmoralizante e insensato dos que nossas penas de privação de liberdade por tempo curto, aplicadas ao aprendiz no caminho do delito. É aí, exatamente, onde a sociedade arca com a parte leonina da culpa a cujo peso deve sucumbir o futuro criminoso habitual. Pelo lado prático teria de se proceder assim: por motivo do primeiro e do segundo cometimento de um dos delitos acima enumerados, o tribunal deve decretar a internação em um estabelecimento de correção”¹².

Para Von Liszt, o grupo que mereceu maior destaque foi o grupo dos incorrigíveis, exatamente o grupo que preocupa a todos nós, que se encontra encarcerado, ainda que seja por furto, por ser um criminoso habitual, totalmente corrompido e que representa um grande risco para a sociedade, a esses ele defendeu a **inocuidade**:

“A enérgica luta contra a criminalidade habitual constitui uma das mais urgentes tarefas a ser levada a cabo na atualidade. Assim como um órgão doente contamina todo o organismo, o câncer da rapidamente crescente criminalidade habitual vai destruindo cada vez mais profundamente nossa vida social. O doutrinário que impera na esfera do direito penal tomou a si uma grave culpa ao permanecer até agora – salvo raras exceções – indiferente a esse fato, por estar arraigado em construções puramente conceituais. ... Dos incorrigíveis deve-se defender a sociedade. E como não queremos nem o machado e nem a força, nem podemos deportá-los, somente nos resta o encarceramento (perpétuo ou por tempo indefinido)”¹³.

Numa rápida leitura, poderíamos situar o “delinquente que necessita de correção”, de Von Liszt, ao lado do “direito penal de primeira velocidade”, de Jesús Maria Silva Sánchez, representado pelo Direito Penal “da prisão”¹⁴.

Os incorrigíveis de Von Liszt, de certo modo, identificam-se com o direito penal do inimigo de Jakobs, ou o direito penal de terceira velocidade, citado por Jesús Maria Silva Sánchez, que “é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. ... A transição do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. Em tais situações extremas, em que a “conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, mas todo o Direito Penal como tal, o próprio Sanchez admite que se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais”¹⁵.

O criminoso, entretanto, tem sido romantizado e idealizado há muito tempo, tanto que a imagem do bom ladrão já contaminou uma parcela da sociedade e atualmente, há quem ouse defender o “bom terrorista”. Esse entorpecimento moral não ocorreu ao acaso e também não é ao acaso que o goleiro Bruno, ao ser colocado em liberdade, passou a figurar em “selfies”, inclusive, infantis, nas redes sociais, felizmente, causando indignação em uma parte da população. Olavo de Carvalho já denunciou a contaminação intelectual e moral proporcionada pelos artistas e intelectuais brasileiros há mais de 20 anos, e fora do Brasil também ocorre fenômeno idêntico.

Entre as causas do banditismo carioca, há uma que todo o mundo conhece mas que jamais é mencionada, porque se tornou tabu: há sessenta anos os nossos escritores e artistas produzem uma cultura de idealização da malandragem, do vício e do crime. Como isto poderia deixar de contribuir, ao menos a longo prazo, para criar uma atmosfera favorável à propagação do banditismo?

11 DALRYMPLE, Theodoro. Nossa cultura... ou o que restou dela. São Paulo. É Realizações. 2015, pág. 307.

12 LISZT, Franz Von. A ideia do fim do direito penal. Editora Rideel. São Paulo, trad. Hiltomar Martins Vieira – 1ª edição. Pág. 58 e segs.

13 LISZT. Obra cit. Pág. 58 e segs.

14 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002. pág. 144 e segs.

15 SILVA SANCHEZ. Obra cit. pág. 144 e segs.

De Capitães da areia até a novela Guerra sem fim, passando pelas obras de Amando Fontes, Marques Rebelo, João Antônio, Ledo Ivo, pelo teatro de Nelson Rodrigues e Chico Buarque, pelos filmes de Roberto Farias, Nelson Pereira dos Santos, Carlos Diegues, Rogério Sgarzela e não-sei-mais-quantos, a palavra de ordem é uma só, repetida em coro de geração em geração: ladrões e assassinos são essencialmente bons ou pelo menos neutros, a polícia e as classes superiores a que ela serve são essencialmente más¹⁶.

Como dito anteriormente, esse pensamento não é uma jabuticaba, pois o importamos de terras distantes. Também outros países padecem do mesmo mal, ou seja, um aumento assustador da criminalidade, um entorpecimento moral, um relativismo extremado levando a uma aceitação do crime como fato normal e a uma aparente incompreensão para o fenômeno. No entanto, há explicação. A *intelligentsia*, como já dito por Dalrymple, tem exaustivamente trabalhado para alcançar esse objetivo:

“Os acadêmicos utilizaram dois argumentos intimamente ligados para estabelecer a estatística da normalidade moral do crime e a consequente ilegitimidade das penas do sistema judiciário criminal. Primeiro alegam que, em todo caso, somos todos criminosos; e quando todos são culpados, todos são inocentes. O segundo argumento, marxista de inspiração, é que a lei não tem conteúdo moral, sendo simplesmente a expressão do poder de certos grupos de interesse – do rico contra o pobre, por exemplo, ou do capitalista contra o trabalhador. Uma vez que a lei é uma expressão de força bruta, não há distinção moral essencial entre o comportamento criminoso. É apenas uma questão de qual pé calça a bota¹⁷.

Desta forma, a ideologia e o relativismo têm corrompido o Direito, em especial o Direito Penal. As escusas servem para alguns e não servem para outros, de acordo com as conveniências, e a Justiça vai ficando esquecida num canto qualquer da memória de quem viveu em outros tempos, enterrada sob um discurso sobre “novos valores” e pela defesa de uma “verdade” meramente formal.

“Quando um habitante da favela comete um crime de morte, deve ser tratado com clemência porque pertence à classe dos inocentes. Quando um diretor de empresa sonega impostos, deve ser punido com rigor, porque pertence à classe culpada. Os mesmos que pedem cadeia para deputados corruptos fazem campanha para a libertação do chefe do Comando Vermelho¹⁸.”

Vivemos tempos de LAVA-JATO, o discurso até então usado para absolver o bandido pobre agora também é usado para defesa do bandido rico. Prisão não resolve, prisão não ressocializa, prisão é um porão sujo e desumano. Pelo menos, os novos tempos servem para demonstrar as inverdades do discurso de que a prisão é para pobre e que o sistema é injusto porque os crimes são construções do poder político e econômico e que atinge apenas os Três Pês. Mas essa falácia já foi desmascarada por Volney Correa.

“OS FAMOSOS TRÊS PÊS - Difama-se a pena reclusiva e brada-se por sua extinção, afirmando que é imposta somente a pobres, pretos e prostitutas (mais um lugar-comum de orador medíocre para uma assembleia de beócios).

Supondo haver muito de verdade nisso (e há), o problema da preservação do princípio da igualdade de todos perante a Lei não se resolve, abrindo-se as portas dos presídios para a saída dos que lá foram ter, após devido processo legal. Antes, abrindo-se aquelas portas para a entrada também de brancos culpados, amarelos culpados, ricos culpados, virgens culpadas e quem mais, aos olhos imparciais da Justiça, deva estar dentro e fora.”¹⁹

Poder-se ia alegar que Beccaria e Von Lizst representam o passado e, segundo alguns, o passado deve ser ignorado. Entretanto, tem-se, por outro lado Sánchez e Jakobs, que pertencem ao mundo contemporâneo, mas que ainda assim sustentam a necessidade de pena de prisão. Portanto, não se trata de defender um passado remoto que contraria a modernidade, mas sim da defesa da lógica. Sobre essa paixão dos laxistas pela modernidade, Volney Correia já profetizou:

TEMPUS EDAX RERUM – Meditem sobre essa verdade os que se julgam dispensados de justificar seus títulos e brasões, simplesmente porque suas posições obedecem às diretrizes do direito penal “moderno”. Esse direito penal moderno não será moderno in aeternum. A modernidade só hoje é modernidade. Cedo, talvez mais cedo do que imaginam, o seu direito penal envelhecerá. Virá o pós-moderno, quando (alguns psicopatas anunciam esses tempos) a lobotomia a laser, a castração química, a intervenção genética, com grande alívio orçamentário, trarão a esperada abolição da prisão. Nessa hora, o que farão os modernos? Aderirão ao pós-moderno, elaborando fundamentação humanística para tais métodos? Ou recuarão ao hoje execrado conservadorismo e defenderão

16 CARVALHO, Olavo de. A nova era e a revolução cultural. Campinas. Editora Vide. 2016, 1ª Edição, pág. 122 e segs.

17 DALRYMPLE, Theodore. A vida na sarjeta. São Paulo. É Realizações. 2014, pág. 226.

18 CARVALHO. Obra cit. pág. 124 e seg.

19 DIP, Ricardo. Crime e castigo/Ricardo Dip, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr. Campinas. Editora Millennium. 2002. pág. 102.

a prisão como um mal menor? Uma coisa é certa: essa hora chegando, terão que aposentar a catatonia do direito penal moderno e terão que começar a pensar.”²⁰

Michel Foucault, que se dedicou a questionar toda forma de poder e todas as instituições, também deu a sua contribuição para o sistema punitivo e pode ser considerado um dos baluartes do discurso abolicionista penal, pois, segundo ele, a criação do crime é mera forma de opressão da classe dominante. Segundo Roger Scrouton, em 1968, numa discussão com um grupo de maoístas, Foucault inferiu algumas das morais políticas de sua análise do direito, como outro modo de poder capilar, de “introduzir contradições entre as massas”²¹. *“A revolução só pode ocorrer pela eliminação radical do aparato jurídico, e qualquer coisa que possa reintroduzir o aparato penal, qualquer coisa que possa reintroduzir a ideologia e permitir esta ideologia sub-repticiamente imiscuir-se em práticas populares deve ser banida”*.²²

No entanto, o próprio Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, que não deixa de atacar o Estado, reconhece a necessidade da pena de prisão: *“Pode-se compreender o caráter de obriedade que a prisão castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto, ela surgiu ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Pareceu sem alternativa, e levada pelo próprio movimento da história: [Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso das ideias e a educação dos costumes.] E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto, não “vemos” o que por em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”*²³(negritei)

Independentemente da linha ideológica do grupo dominante do poder estatal, o fato é que a segurança é direito fundamental do cidadão, como tal, está previsto no artigo 5º, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Ademais, o mesmo art. 5º, em seu inciso XLVI dispõe que:

“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.”

Diante disso, qualquer discussão acerca de abolição penal ou extinção de pena privativa de liberdade é no mínimo inútil e falaciosa, viola princípio constitucional. Não passa de discurso retórico e populista, sentimental e simplista, mas que tem um tal poder de encantamento, que pode seduzir até mesmo o agente do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e que tem privativamente a função de promover ações penais que, podendo se deixar levar pelo modismo do ativismo ministerial, passa a descumprir a ordem jurídica, abandonando a defesa da sociedade-vítima de uma criminalidade crescente, esquecendo-se de que o Ministério Público, na defesa da Lei penal, é a última barreira entre o indivíduo e a barbárie. Nas sábias palavras de Tobias Barreto *“O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar, seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade”*.

Tem-se de visto que alguns agentes do Estado, incumbidos da aplicação do direito penal, por vezes, têm se colocado contra o próprio sistema político e penal, com crítica radical a todo o *status quo* em nome do sonho de um mundo ideal e perfeito, mas não apresentam soluções que se adequem à realidade dura e cruel dos crimes violentos de rua, questionando até o próprio direito de punir do Estado. Agindo em contrariedade com a lei, igualam-se à advocacia criminal que tem apenas um cliente, na maioria das vezes, por óbvio, o próprio criminoso, deixando sem defesa os seus verdadeiros “clientes” que são a sociedade e a vítima.

“O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social. Pôr em dúvida, ou perguntar simplesmente, se existe tal direito, importa perguntar: 1º, se há com efeito crimes ou ações perturbadoras da harmonia pública, e se o homem é realmente capaz de as praticar; 2º, se a sociedade empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existência. (...) Podem frases teóricas encobrir a verdadeira feição da coisa, mas no fundo o que

20 DIP. Obra cit. pág. 138.

21 SCROUTON, Roger. Os pensadores da nova esquerda. São Paulo. Ed. É Realizações. 2014. pág. 71.

22 COLIN Gordon (org.), Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977. Brighton, 1980. pág. 14.

23 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 42ª ed. 2014. pág. 224.

*resta é o fato incontestável de que punir é sacrificar, sacrificar em todo ou em parte, o indivíduo a bem da comunhão social, sacrifício mais ou menos cruel conforme o grau de civilização deste ou daquele povo nesta ou naquela época dada, mas sacrifício necessário, que, se por um lado não se acomoda à rigorosa medida jurídica, por outro lado também não pode se abolir por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes quer ver extintas, por amor da humanidade, coisas sem as quais a humanidade não poderia talvez existir”.*²⁴

É de se perquirir se humanidade sobrevive sem um direito penal que protege os bens mais importantes ou mesmo a própria norma, definidos pelo legítimo representante da sociedade, escolhido por meio de sufrágio. É de se perquirir se age corretamente o servidor da justiça penal ao contrariar a lei meramente em defesa de suas próprias convicções pessoais. O Ministro Francisco Resek Campos em Campos do Jordão-SP, setembro/95, citado por Mougénot Bonfim, faz algumas ponderações sobre “esse mundo” : *“as tendências alternativas do direito nos atemorizam pelo fato de que se o juiz, se o promotor têm o direito de em nome da sua concepção de interesse social usurpar a função legislativa e ler a regra como deseja lê-la e não como se estampou pela pena de eleitos pelo povo; se o juiz, se o promotor podem fazê-lo, vem à cena a pergunta do professor Celso Bastos: “Por que os militares não poderiam fazê-lo também e com muita mais eficácia operacional”? O Estado de Direito vai por água abaixo se admite que o legislador brasileiro é confuso o bastante, para que, caso se queira decidir de uma ou outra forma, sequer haja necessidade de afrontar-se a legislação: o “justo”- conceito até pessoal – pode ser buscado na própria letra da lei, ou em outra, ou em um parêntese, sem a quebra ou ruptura do direito positivo”*²⁵

Neste aspecto, tem-se que o Promotor de Justiça deve defender o estado democrático de direito, inclusive defendendo a manutenção das penas de prisão, ainda que confronte com todo um discurso poético de ordem sentimentalista, ideológico e midiático, tendo em vista que nada de melhor foi criado apesar de séculos de discussões acadêmicas, por ser incumbido constitucionalmente para tal função e para garantir o direito fundamental à segurança e porque deixar a sociedade à mercê da delinquência viola o princípio da proibição da proteção deficiente²⁶.

*“Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar mínimo. O princípio da proibição do déficit, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses contrapostos não sejam sobreavaliados 3. Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.”*²⁷

As tantas falácias que envolvem o tema devem ser deixadas para aqueles que não têm compromisso em defender a ordem jurídica e o estado democrático de direito, àqueles que não precisam dar respostas às vítimas nos momentos mais tomentosos de sua existência e tampouco devem estar diante de criminosos cruéis em seus gabinetes e em salas de audiência, espaços onde só cabe a VERDADE e a utopia não encontra lugar.

*“É preciso que o direito penal tutele os valores da família, que proteja o homem dela integrante, que se respeite a mulher, o velho e a criança, que volte seus olhos à “agremiação do bem”, e que embora respeitando o delinqüente, respeite igualmente/mais a vítima, porque vítima, visando a sua tutela enquanto potencialmente vítima, buscando a reparação do dano se já ocorrido o processo de “vitimização”, salvaguardando-se, desse modo, o direito social.”*²⁸

Assim, se a prisão é uma pena para a qual ainda não se encontrou uma alternativa melhor, se não proporciona condições adequadas ao preso enquanto indivíduo, por omissão do Estado, deve-se buscar meios para que seja melhorada, a fim de garantir dignidade ao preso, sem se deixar cair na armadilha de defender a sua abolição, colocando em risco o devido equilíbrio da vida social.

Portanto, em conformidade com as funções constitucionais outorgadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, cabe-nos, diante do cenário que se apresenta, buscar condições de salubridade para os presos em cumprimento de pena e em prisão cautelar, seja por meio de medidas extrajudiciais, seja por meio de medidas judiciais, consoante artigo 129, II e III, da Constituição Federal.

24 TOBIAS BARRETO. Estudos de Direito. Bookseller, 2000, 1ª Edição, págs. 166 e 173.

25 BONFIM, Edilson Mougénot. Direito penal da sociedade. São Paulo. Editora Mendes, 1998, 2ª edição, pág. 245.

26 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>

27 http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf

28 BONFIM. Obra cit., pág. 49.

CONCLUSÕES

- 1) A prisão, detestável solução, é um mal necessário, para o qual ainda não se apresentou alternativa que defenda satisfatoriamente a sociedade;
- 2) O Ministério Público, enquanto órgão incumbido da defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito, e enquanto detentor privativo da função de promover a ação penal e fiscalizar a correta aplicação da pena, deve defender a pena de prisão, tal como prevista no ordenamento jurídico, a fim de garantir o direito fundamental à segurança, conforme artigo 5º, da Constituição Federal, sob pena de violar o princípio da proibição da proteção deficiente.
- 3) A fim de assegurar a correta e devida aplicação da pena de prisão, o Ministério Público deve exigir do Estado, exclusivo detentor do *jus puniendi*, o fornecimento de instalações adequadas para a permanência de presos definitivos e provisórios, no efetivo exercício de suas funções previstas no artigo 129, II e III, da Constituição Federal.

*O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE
SEUS FAMILIARES CLAMA POR JUSTIÇA,
O DO RÉU, PELA IMPUNIDADE ¹*

DALVA CABRAL DE OLIVEIRA NETA

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* 50ª Promotora Criminal de Recife – Pernambuco

APRESENTAÇÃO

Este trabalho surgiu da insurgência decorrente de tantos casos penais, que para serem julgados, contavam apenas com a palavra da vítima, esta, que era sempre menosprezada por alguns advogados de defesa, e o mais lamentável, que não estão em minoria, quando tentam, nos plenários de julgamento, nivelar o valor desta (palavra da vítima) à palavra do acusado, para tanto argumentando que a credibilidade se perderia quando por trás do depoimento haveria o ânimo da represália, da vingança e da vontade de retribuir o mal que lhe fora feito.

O temerário e, por vezes, concreto dano que se vem tendo é que guardando o crime, por sua natureza, o intuito de manter-se no anonimato, não é difícil que apenas se tenha a palavra do(a) agredido(a) ou vítima, sujeito passivo da relação processual, de maneira que é preciso sim, considerá-la, porque o avesso disto consolidará, como vem já dando mostra, a impunidade.

Na prática se tem ido além, suscitando vícios e fragilidades até mesmo com relação ao depoimento dos familiares das vítimas, como se também estes quisessem atribuir culpa por inimizade ou sentimentos outros, menores e irrelevantes.

Três motivações de peso dão escopo ao argumento final desta pesquisa; a primeira, que os familiares do acusado, a depender do grau de parentesco não prestam compromisso de dizer a verdade do que viram ou sabem, sob pena do falso testemunho, enquanto os da vítima sim, pois não buscam qualquer providência ou solução, querem, de fato e inarredavelmente, a justiça e esta não se faz contra qualquer um(a), mas tão somente contra o(a) culpado(a).

Numa segunda ótica e que, analogicamente, serve-nos perfeitamente, é que na seara dos crimes contra a dignidade da pessoa, dentre os quais o estupro se vale como exemplo por excelência, a palavra da vítima precisa e deve ser crida, por ser o meio mais efetivo de se demonstrar a verdade, já que, não raras vezes, o delito ocorre entre quatro paredes, não deixando de ser a vítima, mesmo com as suas cargas emocionais de amor ou ódio muito maiores e explicáveis quando comparado a outros crimes, e mesmo assim dando azo, como não poderia ser diferente, sob pena de se estabelecer a impunidade generalizada para os delitos da espécie, sendo, no entanto, paradigma que enfraquece para todas as demais infrações, inclusive para o homicídio, a tentativa de minar o conteúdo de um depoimento que surge a partir do que se viu ou soube e não fruto de presumíveis valores de pouco ou nenhum caráter, pelo mais inseguro dos métodos, a presunção, que perpassa pela vingança vã e pleito leviano de se poder perseguir alguém, por motivos que nem são apontados, e deveriam sê-lo, pois para se descredenciar o depoimento de uma vítima e dos seus familiares, é preciso provar que os mesmos trocam ou permutam a justiça “justa”, por quesilas pessoais deduzidas por anônimos métodos ou suposições.

Num terceiro momento, tamanha a importância do depoimento da vítima, única pessoa que, à mercê da dúvida, poderia narrar o fato, suas circunstâncias e a autoria com propriedade, que poderá o(a) julgador(a), conduzi-la coercitivamente para prestar depoimento, consoante o teor do artigo 201, § 1º, do Código de Processo Penal, pois tendo sobrevivido, é possível e quase provável que saiba o que ninguém pode ver, já que além da autoria visível, os subjetivos motivos para o crime, comumente, só ela pode fornecer, como nos delitos passionais ou aqueles qualificados pela futilidade ou torpeza (ameaça prévia, ciúme possessivo etc).

Assim é que nasce da doutrina e da jurisprudência pátrias a menor valorização do depoimento da vítima, a pretexto de vir eivado de parcialidade, já que guardaria direta ligação e interesse com os fatos e neste diapasão, mesmo como meio de prova, procura lhe dar o mesmo tratamento dispensado ao interrogatório.

É a vítima, no entanto, quem, quando sobrevive, pode indicar quem estava no local que possa ter visto o fato ou mesmo, em agonia, balbuciado o nome do autor, antes da morte perante algum presente ou, finalmente, seus parentes que, eventualmente, estando com ela, no momento do crime, possam ter visto tudo ou parte ou, não estando, tenham escutado da mesma, quem teria interesse em ceifar a sua vida.

Mais absurdo em tudo é o inconcebível paradoxo que paira na situação de quando a vítima presta um depoimento favorável ao acusado, este vira preponderante para o processo e seu deslinde, do contrário não serve. É como o inquérito policial, sempre chamado de “ mera peça informativa ” pela remansosa doutrina, que se termina inconclusivo quando à autoria, a defesa faz vasto uso de que o mesmo nada apurou contra o(a) acusado(a), o que tornaria imperiosa a absolvição por qualquer dos seus caminhos, conclamando todos os intervenientes a valorá-lo; no entanto, quando ocorre o contrário, a peça inquisitória é criticada até mesmo quando lida pelo Ministério Público, pois que valor só tem a prova produzida em sede de contraditório judicial e aí, não caberia outro recurso se não a utilização do Art. 155 do Código de Processo Penal, cujos preceitos não se prestam a objeto deste trabalho.

JUSTIFICATIVA

Havia muita inquietação em saber que a palavra da vítima deveria ter o mesmo peso do que diz o(a) acusado(a). A este, resta clara a prerrogativa do não prejudicial silêncio e o objetivo de calar, o que é consagrado enquanto direito, não sendo o(a) mesmo(a) obrigado(a) a produzir prova contra si, fato que permite que, nas entrelinhas, possa abrir mão da verdade, caso esta lhe traga algum mal ou danosa consequência. A vítima, por sua vez, não tem iguais garantias legais, pois como informante que é, o seu depoimento deve ser buscado, quando possível, até mesmo coercitivamente. Logo, parece incoerente que se tire o valor de um depoimento buscado sob a força da lei!!!!!!

Outrossim, afirmar que sua palavra teria o peso do interrogatório e de uma confissão que, para valer, careceria da consonância ou harmonia com o contexto geral probatório, é, no mínimo, desprezar que do crime, para a vítima, resta nada, porque os efeitos já se deram, salvo as possíveis indenizações por parte de quem possa custeá-las, o que, aliás, é raríssimo no cotidiano, mas para o acusado, a prova processual gerará ou não o segundo maior bem humano, qual seja, a liberdade. Ficar impune é o desejo de todos os culpados e isto, quase sempre ocorre por meio do aniquilamento da prova incriminadora, logo, tem-se nas figuras de acusado(a) e vítima interesses distintos e absolutamente discrepantes, não se podendo tratar seus titulares de modo igual.

A partir daí, que no dia a dia dos plenários, resolvi proceder à entrevista com as vítimas e seus familiares para apreender um pouco do que o processo não traz, que é a percepção psicológica deles quanto ao crime e, neste particular, o que esperam do processo, bem como as mazelas sentimentais porventura deixadas.

Para isto, vale frisar que o público-alvo foi o do Tribunal do Júri, da comarca do Recife, cuja idade foi de 19 a 75 anos, onde, sempre após as audiências, quando prestados os depoimentos, não teriam as partes despertado para a valoração contida nestes, e assim, vítimas sobreviventes das tentativas e seus parentes que, comumente, são ouvidos, responderam seis perguntas que fiz, sendo ao todo 243 pessoas entrevistadas, entre o ano de 2016 e 2017, as quais falaram sobre o crime, sendo que 14 preferiram nada responder, restando assim, 228 respostas.

No tocante às perguntas, foram estas:

1) O que você espera do resultado deste processo?

122 – Justiça;

49 – Eu vim por obrigação, mas justiça é a de Deus e não temos nada contra ele(a);

31 – Que outras pessoas não passem pelo que estamos passando;

11 – Que ele pague pelo que fez, ter tirado um pai de família;

15 – Nada. Eu queria “fulano(a)” de volta.

2) Já conhecia o(a) acusado(a) de antes?

156 – Só de vista ou de nome da comunidade (após o fato);

31 – Sim. 19 – desde criança, inclusive com frequência domiciliar e 12 - era conhecido apenas da vítima (amigos, colegas ou saiam juntos).

41 - Nunca ouviram falar e também só ouviram dizer, pois nada viram.

* Não foi ouvido(a) quem nunca ouviu falar da autoria, já que o objetivo era alcançar o ânimo psicológico da vítima e de seus familiares.

3) Como está a relação, amizade ou inimizade, entre vocês, vítima, parentes e acusado(a), da data do fato até hoje? (quem já conhecia, no mínimo de vista).

163 - Cada uma no seu lugar. Deste número, 102 mudaram de casa, bairro ou cidade e 61 – continuaram no mesmo endereço.

40 – Não se viram mais.

25 – Normal. O fato ocorreu pontualmente.

4) Tem receio de prestar depoimento?

- 146 – Tem sim, considerando a conduta do(a) acusado(a). Apenas 14 se disseram, direta ou indiretamente, ameaçados;
 59 – Não. Mas 37 preferiram depor na ausência;
 23 – Tanto faz. Deseja esquecer o que passou.

5) Se existisse outro(a) culpado(a) ou outra versão para este processo, que pudesse retirar ou diminuir a culpa do(a) acusado(a), o que você faria?

- 175 – Claro que sim, pois ninguém vai “prejudicar” um(a) inocente;
 26 – Mas foi ele. O povo tem medo, mas teve gente que viu e não quer ajudar. Ele tem que pagar pelo que fez.
 14 – Não entenderam a pergunta, já que “tem um processo né!”
 13 – Pode até ter outro(a) culpado(a), mas foi ele também.

6) É do seu conhecimento que pela prática deste crime, você(s) pode(m) ter direito a uma indenização em dinheiro?

- 203 – Não, nunca ouvi dizer.
 18 – Mas não levaram nada de mim, ou da vítima;
 7 – Ouvi dizer alguma coisa a respeito. 4 – Não quero nem saber. 3 – Onde é que procuro esse direito?

O resultado da pesquisa de campo, pelo método direto e específico torna claro que a vítima sobrevivente e familiares não querem qualquer pessoa para assumir a culpa, mas sim o verdadeiro culpado, não querem qualquer decisão, querem justiça e esta só se faz, contra a pessoa certa e não há relação entre a impunidade que busca o(a) acusado(a) com a vontade de incriminar, seja por dinheiro ou seja por vingança. Se houver, é exceção e jamais maioria ou regra.

Ao mesmo tempo, tenta-se aqui mostrar o contrassenso do doutrinador quando valora expressamente e dá importância pacífica, para fazer justiça, ao depoimento das vítimas de crimes contra a dignidade da pessoa, quando, de fato, estas, mais do que quaisquer outras, trazem razões e angústias pessoais, se não em face do vínculo afetivo nutrido, pela relação de ódio e desprezo que nasce do fazer ou deixar de fazer algo, sendo obrigada, contra a sua vontade e até contra os princípios e, mesmo assim não sendo taxadas, como devido, de testemunhas ou informantes levianas ou irresponsáveis, que se prestariam apenas para acusar um(a) inocente.

No tocante aos crimes de homicídio, a postura da vítima, não raras vezes, é de medo e desinteresse processual, sendo a mesma a dos seus familiares. O primeiro, pelo receio não mais presumido, porém real, de que o(a) culpado(a) é capaz de matar outrem e o segundo motivo para tal postura, porque não mais se terá a vítima de volta, na maioria esmagadora dos casos, em que não é tentativa mas consumado, razão por que a luta passa a se mostrar inócua, ou seja, contribuir com a verdade, é expor-se ao primeiro ou novo risco, sem que nada se ganhe de contrapartida. Isto faz toda a diferença.

Rechaçar tal argumento, seria tributar sentimentos maldosos a todas as vítimas e respectivos familiares, com o único intuito de optar pela presumida bondade do(a) acusado(a), que passa a ter sua versão privilegiada, com o singular propósito de se promover a sua impunidade.

Guilherme de Souza Nucci, no seu Código de Processo Penal Comentado, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, sustenta reiteradamente que “...Em conclusão, pois, sustentamos que a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução. Em sentido contrário, afirmando ser impossível aceitar a palavra isolada da vítima para escorar o decreto condenatório: Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, *Da prova penal*, p. 118.”

Assim é que se atribui notório desprestígio ao depoimento de quem sofreu os efeitos do crime, que poderá ser o único meio de elucidação deste, passando-se a estabelecer o paradoxal binômio, qual seja, que para se cumprir a lei, trai-se, notadamente, a Justiça e o sentimento de credibilidade e confiança na sua viabilidade jurídica e social.

A Jurisprudência tem caminhado neste mesmo preocupante sentido, gerando, como consequência, diversos deslindes absolutórios, porque sequer se faz o que chamo de “colcha de retalhos”, que consiste em se tirar de um depoimento testemunhal

apenas que vítima e acusado(a) eram inimigos; de outro, que o(a) acusado(a) não mais foi visto no distrito da culpa após o fato; no terceiro depoimento, que a vítima costumava, por exemplo, comprar drogas ao acusado(a), que teria uma “ boca de fumo” e que esta, a vítima, em seu depoimento diz que levou tais disparos da pessoa do(a) acusado(a) a quem devia certa quantia em razão de drogas não pagas. Ora, este mecanismo de conjugação de provas é legal e, embora apenas a vítima diga quem atirou, uma vez que ninguém mais estava no local, as circunstâncias levam à necessidade de se creditar sim, o seu depoimento. Do contrário, assustador seria tal desprezo a tudo que se produziu nos autos e que, mesmo alguém do ideal, mostra-se bastante a uma condenação. Em lugar disto e a pretexto de não se poder condenar com esteio na palavra dela, vítima, outra coisa não se faria do que patrocinar, absurda e nocivamente, a palavra do(a) acusado(a), único ganho certo do processo, por meio da sua almejada impunidade.

Apenas por amor ao debate e esmiuçando um pouco do tão alegado interesse da vítima na condenação, o que não compromete o entendimento de querer a mesma que assim o seja apenas para o(a) culpado(a) e não para qualquer inocente, o que também aliás, é desejo da sociedade como um todo, no seu afã de evitar a prática devastadora dos crimes, diz Antônio Alberto Machado, na sua obra Curso de Processo Penal.5. ed. São Paulo; Atlas, 2013.p.193, que: “ ...a partir das modificações advindas na legislação processual penal, a vítima passou a ser considerada como um sujeito do processo, sendo isso uma tendência do processo penal contemporâneo, que se compromete com a efetividade plena que, para acontecer, não se restringe apenas à punição do criminoso, mas também exige a reparação ou minimização dos danos a ela causados pelo crime”.

Assim, dá enfoque ao interesse patrimonial, como sendo um dos dois fatores que poderia suscitar a sua presumida vontade de acusar alguém que lhe pudesse indenizar pela danosa conduta, além do ânimo de vê-lo(a) punido(a), no entanto, ainda é muito incipiente a cultura da reparação do dano provocado pelo crime no Brasil, mormente para os delitos de homicídio, razão por que é certo, sim, dizer que quando sobrevive a vítima, quisera, por certo, apagar o fato da memória, porque nenhuma indenização lhe compensaria o mal sofrido, quiza a privação do(a) culpado(a) que antes de lhe parecer reprimenda, desperta-lhe o medo das consequências e represálias oriundas da consciência de ser ela, a vítima, culpada por aquele castigo.

De mais a mais, a despeito da responsabilidade civil decorrente da prática homicida, prevista no Art. 948, do Código Civil quando diz: “ No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”, é certo ressaltar que, se não por desconhecimento da lei, mas por falta de condição econômica do(a) acusado(a), a vítima ou seus familiares não pleiteiam nada, quase sempre, em caráter indenizatório, à exceção daqueles crimes ocorridos por tiroteio da polícia ou no ambiente de trabalho em que, demonstrada a falta de segurança devida, respectivamente, pelo Estado e pelo empregador, tem-se como configurada a causa da morte, e nestes casos não seria o(a) agressor(a) o responsável civil necessário e único, em que pese criminalmente, sim.

CONCLUSÃO

Diante de tudo isto e trazendo à baila que o conjunto probatório se submete aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da livre convicção do juiz e de tantos outros, não se mostra adequada, cabal e mesmo justa, principalmente, justa, que a palavra da vítima, quando sobrevivente, nos crimes de homicídio, seja equiparada à palavra colhida em sede de interrogatório, revestindo-se este como se reveste, de toda possível relatividade e garantias que nada mais visam, se não evitar o auto prejuízo. Assim, para que se aponte como viciado o depoimento da vítima, seja por vingança, raiva, perseguição ou interesse penal ou patrimonial, é preciso que se depreenda dos autos, pelos tantos depoimentos, elementos ou meios de prova ali contidos, que estaria a vítima predisposta e empenhada em causar prejuízo ao(a) ofensor(a), devendo, inclusive, valer-se, para tal alegação dos meios hábeis a demonstrar a fragilidade do seu depoimento, como por exemplo, eventual registro de ameaça, protesto em audiência, propositura de ação indenizatória em face do vertente crime ou outra forma que possa demonstrar sua parcialidade e, a partir daí sim, a necessidade de se atribuir menor valor ao respectivo depoimento e não assim fazê-lo apenas, em razão da sua condição de vítima. Ser vítima não a torna parcial para prejudicar alguém. Antes, legitimamente habilitada a dar conta de quem foi o culpado(a), e não por ódio, mas por anseio indiscriminado de justiça.

Analogicamente, assim como uma vasta folha de antecedentes criminais não basta para dar ensejo a uma condenação por novo crime, em face da periculosidade do(a) agente; assim como os crimes que deixam vestígios podem, excepcionalmente, serem julgados pela prova indireta, a exemplo do desaparecimento do cadáver, logo, da materialidade, propõe-se que seja o depoimento da vítima valorizado e valorado, tomando-se por parâmetro a sua condição fática de quem viu e poderá saber mais do que qualquer terceiro(a) sobre o assunto discutido, em sede de julgamento e que apenas cabalmente demonstrados os seus atributos negativos e pessoais que comprometam o seu depoimento de lisura, veracidade e transparência, o que se faria a partir do próprio conteúdo, ou seja da retificação ou não do que foi dito na polícia, as contradições, a demonstração do rancor e da

vingança, aí sim, suprimir-lhe valor, para poder dizer que tão passível de dúvida quanto o interrogatório, que busca a impunidade, estaria o depoimento da vítima, uma vez maculado por interesses outros, penais, financeiros e de pouco valor moral, que o descredenciem para uma condenação. Afora isto, que valha sempre que convincente, seguro, firme e rico em detalhes como meio eficiente, ainda que não ideal, de prova criminal.

Tomando por parâmetro, pois, o tema central deste XII Congresso Estadual do Ministério Público de Pernambuco, qual seja, “ A crise institucional e o MP da próxima década” é que somos sim, colaboradores, comissiva ou omissivamente, deste cenário manchado do sangue que jorra da alta criminalidade cotidiana, de maneira que temos o dever de, ante tantos garantismos, assumirmos o compromisso de provar o que está errado e não presumir ou fazer ilações em favor do crime, o que apenas o promove com a impunidade, de maneira que, se não é apontado o motivo que nivele a palavra da vítima a do(a) seu(ua) agressor(a), há de se proteger a hipossuficiência de quem sofreu o mal e pode contribuir com a real verdade, sob pena de sucumbirem junto com a sua descrença na justiça, o próprio Estado de direito e todos os valores morais e éticos que agonizam contemporaneamente e não de sempre nortear e fortalecer uma sociedade ordeira, pacífica e justa.

*TRES DÉCADAS DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
OS NOVOS DESAFIOS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO*

**O TRABALHO EXTERNO DOS APENADOS EM REGIME
SEMI-ABERTO E O ACESSO AO DADO NEGADO NAS
INVESTIGAÇÕES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES ¹**

JACKELINY FERREIRA RANGEL*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO NO ENUNCIADO

* Promotora de Justiça – Ministério Público de Minas Gerais

Trata-se do trabalho externo desempenhado pelos apenados em regime semi-aberto de cumprimento de pena e sua relação com o dado negado nas investigações dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, que ocorrem tanto fora, quanto dentro das Unidades Prisionais.

O trabalho externo desempenhado pelos apenados em regime semi-aberto de cumprimento de pena é algo que não ocupa as pautas de análise, nem da população em geral, nem da comunidade jurídica, nem dos órgãos da persecução penal. Por isso mesmo, nada se construiu, em termos estruturais e organizacionais, acerca do trabalho externo e sua relação com o dado negado nas investigações do tráfico ilícito de entorpecentes, que ocorre tanto fora, quanto dentro das Unidades Prisionais.

Quando alcança determinado estágio do cumprimento de pena ou quando condenado ao regime inicial semi-aberto, o apenado faz jus, se tiver bom comportamento, ao trabalho externo. Balizam o gozo desse direito a Lei de Execuções Penais (LEP) e Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O apenado, então, apresenta nos autos da Execução Penal a proposta de emprego com o requerimento de concessão do trabalho externo. O Juízo da Vara de Execuções Penais encaminha o feito para manifestação do Ministério Público, que avalia o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse, valendo-se do cálculo de pena, do parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e do Atestado Carcerário (AC).

O Ministério Público emite parecer favorável, quando verifica o adimplemento dos requisitos objetivos e subjetivos. Daí, o Juízo defere.

A partir dessa autorização judicial para o trabalho externo, por não existir uma fiscalização efetiva da proposta de emprego e no local onde deveria ser prestado o trabalho, o apenado está ausente da unidade prisional e livre para, caso queira, praticar qualquer crime, inclusive e especialmente, o de tráfico ilícito de entorpecentes, dentro e fora da unidade prisional.

Não há controle efetivo do trabalho externo e, conseqüentemente, não se têm os dados desse tráfico de drogas que acontece diuturnamente. O apenado que obtém a autorização para o trabalho e trafica ainda obtém o bônus da remição de pena.

A doutrina jurídica nacional, porém, somente se ocupa do trabalho externo do apenado sob a óptica da ressocialização e do contra-ponto dessa, a reincidência.

Não se fala do trabalho externo como manancial de dados para as investigações acerca do tráfico, bem como da repressão dessa prática tão manifestamente danosa ao meio social.

A partir dessas idéias, é que se pensa sobre a possibilidade de a pesquisa sobre o tema ensejar esforços de estruturação de uma fiscalização eficiente do trabalho externo, com vistas à repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Foram os quase três anos como titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Muriaé, com atribuição para as Execuções Penais e Fiscalização de Estabelecimentos Prisionais, que nos fizeram, a partir da observação dos casos, a pensar nesse tema sob o prisma da investigação e da aplicação das operações de inteligência.

O estudo do tema, por certo, alargará os horizontes dos trabalhadores que militam nas atividades de investigação e de fiscalização do cumprimento de pena. Crimes sob investigação poderão ser mais facilmente elucidados, como se se abrisse novo nicho de coleta/busca de dados.

Diz-se isso porque, quanto ao meio social, se as autoridades responsáveis pelas investigações (componentes das Polícias Cíveis e Militares e membros do Ministério Público) tiverem acesso às rotinas dos apenados autorizados para o trabalho externo terão maior facilidade na elucidação da autoria dos crimes em geral, e especialmente do tráfico de drogas.

Em relação ao ambiente interno da unidade prisional, onde se situam os atores responsáveis pela fiscalização do cumprimento de pena, será possível conter de forma mais eficiente a entrada de substância entorpecente na unidade, o que gerará mais segurança interna.

A atividade de inteligência no tráfico desempenhado pelos apenados em trabalho externo

A atividade de inteligência é conceituada como produto, como organização e como atividade.

Quando se trata da faceta do produto, sabe-se que a atividade de inteligência é o conhecimento produzido, que tem como destinatário o tomador de decisão.

A inteligência-organização é a vertente dos órgãos das instituições que se dedicam à produção do conhecimento.

A inteligência como atividade ou processo trata das tarefas desempenhadas na produção do conhecimento.

As unidades prisionais possuem (devem possuir) um setor de inteligência. Nele estão lotados servidores, que trabalham na produção do conhecimento e apresentam-no ao Diretor-Geral da unidade, o tomador de decisão.

As Polícias Militares e Polícias Cíveis dos Estados também possuem esse setor no seu organograma.

O Ministério Público de Minas Gerais, enquanto órgão de execução, não possui estrutura própria de inteligência. A instituição Ministério Público o possui; mas o Promotor de Justiça, por sua formação, não sabe do que se trata e não tem assessoria direta de um órgão de inteligência.

Não há como trabalhar com Segurança Pública, sem levar em consideração a produção do conhecimento levada a efeito pelo Sistema Prisional e pelas Polícias Civil e Militar.

Não há como o Ministério Público cumprir sua missão constitucional, na esfera da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB/88), se o Promotor de Justiça Criminal ou com atribuição nas Execuções Penais não souber trabalhar, ou não tiver estrutura para trabalhar, com a produção do conhecimento de inteligência.

O Sistema Prisional é aquele que tem o contato mais próximo com a possibilidade de obtenção do dado negado.

As estatísticas sobre reincidência versam sobre número na faixa de 90%. Esse percentual quanto ao apenado-trafficante deve ser ainda maior. O sistema prisional é o que, durante o cumprimento da pena, tem mais informações sobre ele. Sabe quem o visita, onde ele e o(s) visitante(s) moram, quais os itens de alimentos são trazidos pela família, se tem condições de contratar médicos particulares, se tem sua defesa patrocinada por advogado...

Quanto ao trabalho externo, a inteligência do sistema prisional, justamente por se tratar de atividade externa, há de compartilhar informações com as inteligências da Polícia Militar e Civil e com o Ministério Público, em sistema contínuo.

Aqui se começa a visualizar o abismo entre o necessário para o desempenho da tarefa, de forma eficiente, de molde a flagrar a prática criminosa, por ocasião da reincidência, e a dura realidade da falta de organização do aparato estatal.

Primeiro, não existe a cultura da produção do conhecimento de inteligência. Os servidores, nem do sistema prisional, nem das Polícias, nem do Ministério Público, são suficientemente treinados para fazê-lo.

Segundo, não há regulamentação legislativa específica sobre o tema. Acaba-se lançando mão das disposições sobre investigações criminais constantes no já ultrapassado Código de Processo Penal e em outras leis processuais.

O problema de lançar mão dessa legislação não específica é um arremedo. A produção do conhecimento de inteligência há de anteceder a investigação criminal, servindo, inclusive, para o tomador de decisão aquilatar sobre se deve dar início à investigação criminal, qual o melhor momento para fazê-lo...

A tarefa da inteligência também vai operar coadjuvando as tarefas investigatórias, alimentando-as com as informações necessárias.

Os trabalhadores da inteligência devem partir da premissa de que o apenado-trafficante, por ocasião do gozo do trabalho externo, vai reincidir no tráfico. Ora, se ele foi apanhado justamente por não estar exercendo nenhuma atividade lícita, e estar vivendo dos lucros auferidos com a venda de drogas, não é agora que ele vai virar um comerciante, por exemplo.

Não se pode esquecer de que, para o trafficante, 'cair' é igual a um enorme prejuízo: perde a liderança, entra em débito com os fornecedores por conta da apreensão da substância entorpecente e ainda tem que pagar os honorários dos advogados.

Então, uma vez no trabalho externo, a idéia é recuperar o lucro perdido e pagar as contas. O trabalho no comércio, conforme o exemplo dado, é um disfarce.

Aí, os garantistas vão perguntar: e a presunção de inocência, consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88? Considerar o apenado-trafficante, no desempenho do trabalho externo, como alvo, não fere a presunção de inocência. É só um controle do Estado sobre aquele que cumpre pena.

De outra banda, o apenado não pode invocar garantias constitucionais para praticar crimes.

Essa seria a oportunidade que se teria de apanhar novamente o apenado e, talvez em primeira vez, seus comparsas.

Para além de contribuir na repressão ao tráfico na comunidade local, uma prisão em flagrante nessas circunstâncias também minora a entrada de droga na unidade por conta do trabalhador externo.

É extremamente comum os próprios traficantes servirem como 'mula' dentro do sistema prisional, engolindo invólucros de substância entorpecente, que serão expelidos com as fezes e vendidos a 'peso de ouro'. Substância entorpecente dentro da unidade, tendo em vista o risco que envolve a introdução dela lá, tem ágio no preço da venda ao consumidor.

A consequência disso? O viciado que não consegue pagar com dinheiro ao trafficante, pela droga que usa, vira o preso oprimido, que é o escravo do trafficante tendo que atender todos os seus desejos, inclusive, os sexuais.

A família do preso devedor também fica refém e passa a ser aliciada para atender ao traficante levando substância entorpecente para a unidade e arriscando ter outros membros apanhados em flagrante.

O Estado precisa fazer a sua parte. Quanto menos droga entra na unidade, mais fácil é para manter a integridade física e moral dos próprios presos.

Não é a apreensão de drogas, em si, que vai gerar um controle social maior; é o tanto de prejuízo que o traficante toma. Se o Estado fortalecer o sistema dos órgãos de inteligência e montar operações de inteligência para sempre aumentar o prejuízo do traficante, pode começar a ganhar essa guerra.

É um caminho!

CONCLUSÃO

O condescendente tratamento jurídico-penal, dado pelos Tribunais deste país aos traficantes/condenados, não reflete o que a população espera em termos de resposta penal.

Diz-se, com isso, que a pena, nesses casos, não vem atingindo as finalidades de retribuição e de prevenção geral e especial, o que é característico de mais uma crise (entre as muitas!) de Segurança Pública.

Concretizada a idéia da crise no combate ao tráfico e, via de consequência, ao traficante, vê-se que a facilidade do acesso dele ao trabalho externo agrava os problemas internos da unidade prisional e os problemas da sociedade. Essa teve o seu tecido comprovadamente lesionado por ele, paga, com os tributos, para ele cumprir pena, e paga para ele continuar auferindo os lucros do negócio ilícito, ferindo novamente o meio social.

Soluções definitivas não existem. Há, porém, medidas que o Estado deve tomar com a finalidade garantir o direito à segurança pública, assegurado a todos, nos termos do artigo 144 da CRFB/88:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

A primeira delas há de ser o investimento nos órgãos de inteligência das unidades prisionais, das Polícias Militar e Civil e do Ministério Público. Concomitantemente, é necessário regulamentar as atividades desses órgãos de inteligência, de modo que o intercâmbio de informações seja em regime de fluxo contínuo.

Feitos esses investimentos de infra-estrutura e legislativo, será possível montar as operações de inteligência. Os alvos, os traficantes/condenados, serão apontados pelo próprio sistema prisional, assim que eles obtiverem a autorização para o trabalho externo.

Haverá uma diminuição na entrada de substância entorpecente nas unidades e uma contenção maior sobre o apenado, que será menos ousado em função de uma fiscalização maior.

Não há espaço para sonhos; todas essas medidas não extinguirão o tráfico de drogas, nem no ambiente prisional, nem fora dele.

Mas o Estado passará, pelo menos nesse setor, a assumir o papel de autoridade que lhe cabe, diferente do presente momento, no qual a autoridade é o traficante, dentro e fora do ambiente prisional.

Assumindo o Estado o seu posto, aumentará a credibilidade das pessoas e a sensação de segurança pela sociedade.

O papel do órgão de execução do Ministério Público, diante desse estado de coisas, há de ser o de atuar em conjunto com as equipes de inteligência das unidades prisionais, das Polícias Civil e Militar, monitorando apenados que estejam no gozo do trabalho externo e tomando as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para minimizar os danos provocados pelo tráfico na sociedade.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

O órgão de execução do Ministério Público, com vistas a minimizar os danos sociais gerados pela reincidência, envidará esforços para fiscalizar efetivamente o trabalho externo dos apenados em regime semi-aberto, especialmente daqueles condenados por tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com base em dados fornecidos pelos setores de inteligência da unidade prisional e das Polícias Militar e Civil. Poderá, para tal, firmar termos de cooperação com esses órgãos, de molde a regulamentar as ações de cada um.

ALTERAÇÃO NA PROPOSTA DE ENUNCIADO

O órgão de execução do Ministério Público, com vistas a minimizar os danos sociais gerados pela reincidência, envidará esforços para fiscalizar efetivamente **a concessão e o exercício do trabalho externo** dos apenados em regime semi-aberto, especialmente daqueles condenados por tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com base em dados fornecidos pelos setores de inteligência de unidade prisional e das Polícias Militar e Civil. Poderá, para tal, firmar termos de cooperação com esses órgãos, de molde a regulamentar as ações de cada um **e estimular a sociedade a noticiar o descumprimento do trabalho externo por parte do apenado.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, IPEA, 2015/160p.

CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4110>. Acesso em out 2015.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Joanisval Brito. Atividade de Inteligência e Legislação Correlata. Niterói, RJ: Impetus, 2009 (Série Inteligência, Segurança e Direito).

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 7ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2006.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal. Parte Geral. Niterói/RJ: Impetus. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

*TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO APLICADAS À ELUCIDAÇÃO DO CRIME DE TORTURA*¹

JOÃO GASPAR RODRIGUES*

Sumário: 1- Introdução. 2- A reconstituição mental de um crime. 3- As dificuldades de provar o crime de tortura. 4- A arte de interrogar. 5- Atributos de uma investigação criminal eficaz. 6- Documentação da tortura. 7- Conclusões.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Promotor de Justiça do Amazonas

1- INTRODUÇÃO

O indivíduo disposto ao crime, com exceção do passional e de impulso, tende a sopesar o binômio custo/benefício. E, assim, o praticará com a cautela de não deixar vestígios, indícios, evidências ou provas. Por isso que cada crime tem uma maneira particular (um “DNA operacional”) de ser enfrentado e elucidado. Se o delito exigir muita exposição, o agente pode até não deixar de praticá-lo, mas se cercará de maiores cautelas para encobri-lo aos olhos de uma potencial investigação criminal. Neste aspecto, a tortura levada a cabo pela polícia para obter informações ou confissão de um crime tende a ser de difícil elucidação, tanto da materialidade, como principalmente da autoria.

No quadro operacional e funcional atualmente disponível, as investigações se desenvolvem, predominantemente, sob base empírica, através de métodos dedutivos, indutivos e até intuitivos, com frágil amparo técnico-científico, sendo, por vezes, alicerçadas apenas em provas testemunhais e confissões (Ferraresi, 2005, p. 53). A improvisação fundada no método de tentativas e erros ainda é o principal suporte do trabalho investigativo; a prisão e a tortura ainda se constituem em instrumentos de investigação (o ideal é investigar para prender, e não o contrário). Por conta disso, a eficiência investigativa é um postulado ainda não conceitualizado no horizonte operacional das instituições incumbidas dessa tarefa, seja por falta de uma matriz teórico-científica, seja por conta de carência de elementos operacionais adequados.

Diante dessas variáveis pouco prazenteiras, nos impusemos o objetivo de traçar uma metodologia de investigação criminal aplicável, principalmente, na elucidação daqueles crimes que ocorrem à revelia de testemunhas e que oferecem uma resistência à investigação, com especial destaque para a tortura. E isso dentro de objetivos mais amplos, em respeito inclusive ao caráter pragmático e utilitário das investigações criminais, como uma otimização do serviço afeto aos órgãos investigativos, a facilitação do exercício da ação penal, e, *pari passu*, o resgate da eficiência das instituições de justiça na punição dos criminosos.

2- A RECONSTITUIÇÃO MENTAL DE UM CRIME

Diante de um suposto crime de tortura, o investigador formula uma suposição preliminar, um exercício de abstração (em ciência se dá o nome de “hipótese de trabalho”) de como teria ocorrido o fato criminoso, quem o teria praticado, seus detalhes e suas circunstâncias. O alicerce dessa “suposição preliminar” é sua experiência investigativa, sua *expertise*.

Nessa reconstituição mental, três métodos tradicionais têm sua importância: indutivo, dedutivo e analógico. No primeiro, a investigação busca o geral partindo do particular. Um vestígio, como por exemplo a digital, pode levar à identificação da autoria do crime. Pelo método dedutivo, do geral deduz-se o particular, a partir de premissas e raciocínios. Por fim, o raciocínio por analogia recorre às comparações para verificar e constatar as semelhanças entre os fatos presentemente investigados e outros ocorridos no passado. Fixar o *modus operandi* de determinados criminosos habituais (e policiais truculentos se encaixam nessa “habitualidade”), dado que agem frequentemente do mesmo modo, com emprego das mesmas práticas e recursos, é uma aplicação produtiva do método analógico.

A missão de uma investigação criminal é trazer elementos objetivos de convicção sobre a autoria e materialidade do crime ou elucidar *quem, como, quando e porque* eventual crime foi cometido. Apesar da “suposição preliminar” e seu inafastável caráter subjetivo, os elementos a serem colhidos devem ser *objetivos*, de modo que qualquer um possa avaliar a afirmação da autoria e materialidade segundo, exclusivamente, esses elementos coligidos. O material coletado na investigação deve convencer a todos. A cadeia de hipóteses pode surgir como uma abstração, mas ao avançar a investigação, termina como vínculos estabelecidos no caso concreto, no mundo fenomênico.

3- AS DIFICULDADES DE PROVAR O CRIME DE TORTURA

A tortura é tida como um crime de oportunidade, ou seja, ocorre em ambientes em que sua execução é favorecida pelo contexto, pelos agentes envolvidos e, muito especialmente, pela invisibilidade associada. Essa “invisibilidade” tanto pode ser a subtração da conduta criminosa aos olhos de testemunhas, a vitimização de pessoas privadas de liberdade (em espaços difíceis de acessar pois os presos estão sob a guarda dos próprios torturadores, o que responde pela vulnerabilidade dessas vítimas) quanto a desqualificação da prática (se o preso é apresentado recheado de hematomas, várias justificativas são usadas: foi proposital para incriminar o policial, foi ferido por outros presos, o preso caiu ou teve um ataque nervoso, legítima defesa, uso de força para conter a resistência etc.). Normalmente, a prática criminosa se dá à revelia de testemunhas (em locais de pouca visibilidade), consistindo em uma equação assimétrica entre torturador(es) e vítima(s), em que os primeiros são representantes do Estado e as segundas carregam a pecha de suspeitos, investigados e criminosos (os “torturáveis”).

É importante observar que a Lei n. 9.455/1997, que tipifica o crime de tortura no Brasil, considera que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo no referido crime (sendo agente do Estado ou não), ou seja, para a lei brasileira a tortura é um crime comum. Já a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Pena Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 1º.), a Con-

venção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o Protocolo de Istambul restringem a penalidade aos agentes do Estado (ou “qualquer outra pessoa agindo a título oficial”), colocando a tortura como um crime próprio. E isso tem plena justificativa: o Estado, historicamente, sempre foi o maior violador dos direitos humanos e o maior responsável pela prática de tortura.

Estudos e pesquisas revelam que seis em cada dez casos de tortura são cometidos por agentes públicos, principalmente policiais, agentes penitenciários e monitores de unidades de internação de jovens. Uma conclusão parcial desses levantamentos é que os policiais torturam para obter a confissão de um crime, informações para desvendá-lo ou para obter vantagens indevidas (dinheiro, drogas, armas etc).

Nestes casos, é a palavra de um suspeito ou acusado contra a palavra de um agente do Estado, que goza perante a jurisprudência brasileira de ampla credibilidade² (afinal está no exercício da função de “preservar a ordem e a segurança públicas”). E por isso, os juízes exigem prova robustíssima de que a tortura efetivamente tenha ocorrido. Motivo pelo qual também, muitas alegações de tortura caem no vazio e são desconsideradas pelas autoridades judiciárias ou desclassificadas para crimes menos graves como: abuso de autoridade, lesão corporal, maus-tratos etc³. Isso, de certa forma, revela como o crime de tortura é traduzido pelos órgãos de investigação e de justiça, dependendo de quem sejam as vítimas e os torcionários, alguns atos violentos são relativizados e até aceitos socialmente. Talvez não esteja em jogo propriamente a tortura em si, mas o perfil dos acusados e das vítimas, ou seja, quem a pratica (agentes do Estado encarregados da segurança pública, na maioria das vezes) e a sofre (suspeitos e criminosos).

Estudos já constataram (Jesus, 2011, p. 122/123) que para a condenação por tráfico de drogas de um suspeito, a palavra dos policiais que realizaram o flagrante assume um peso extremamente grande, bastando, na maioria das vezes, para fundamentar o decreto condenatório. Logo, nesses casos, o conjunto probatório exigido para a condenação é mínimo. Por outro lado, para os casos de tortura, muitas vezes não ocorre condenação nas oportunidades em que o acusado é agente público se não existir um conjunto probatório variado e consistente, ao passo que nas situações em que o acusado é um particular o grau de exigência é outro.

Uma investigação deficiente gera um processo criminal de responsabilização infrutífero, e isso cria um círculo vicioso que desemboca na impunidade, sendo responsável pela continuidade da tortura no país como uma conduta clandestina socialmente aceita e institucionalmente tolerada. E assim o é porque minimizada e relativizada face ao aumento constante dos índices de criminalidade. O desejo de segurança *a qualquer custo* instigado na população leva à aceitação desse meio criminoso e ilegal na forma de um mecanismo extralegal.

Produzir prova sólida e robusta não é uma tarefa fácil, ponto em que parecem convergir as opiniões de diversos sujeitos do processo penal. Esta dificuldade é atribuível tanto a fatores estruturais da própria instituição encarregada de realizar a investigação (como falta de pessoal especializado, demora para realização de perícias ou deficiência na elaboração, falta de estrutura etc.), como também de fatores intrínsecos à natureza do crime. Há crimes cujas provas são abundantes, flagrantes, saltam aos olhos e há crimes cujas provas são escassas, tímidas, ficam às escondidas. A tortura, como já dissemos, se insere na segunda categoria.

Como provar eficientemente a tortura? Como documentá-la eficazmente? Precisamos começar por esmiuçar seu tipo penal, tal como previsto na Lei n. 9.455/1997. Essa lei prevê em seu art. 1º. quatro elementos necessários para que uma conduta seja tida como tortura:

- 1 - constrangimento ou submissão de uma ou mais pessoas;
- 2 - uso de violência ou grave ameaça;
- 3 - sofrimento físico ou mental;
- 4 - alguma finalidade especial de agir: obter confissão, informação ou declaração, provocar ação ou omissão de natureza criminosa, castigar, intimidar ou outras.

A partir desses parâmetros, a investigação deve reunir informações de boa qualidade, precisa e confiável, com atenção:

- a)- ao nível de detalhes.

Esses detalhes podem se referir a indícios que levam à elucidação da autoria e da materialidade do crime. Exemplos:

- 1- se o indivíduo ao ser preso estava em boas condições de saúde (sem ferimentos, lesões ou escoriações), mas ao ser apresentado à polícia civil aparece machucado ou ferido;

2 Isso explica porque há uma tendência maior de condenação judicial por crimes de tortura quando estão envolvidos agentes privados.

3 Não esqueçamos que até 1997 (ano em que foi editada a Lei n. 9.455/1997), os casos de tortura denunciados eram julgados com base na Lei de Abuso de Autoridade ou como lesão corporal ou maus-tratos (crimes previstos no Código Penal).

2 - se o indivíduo apresenta alopecia em ambos os punhos, isso, na ausência de edemas, é também um indício do uso de algemas.

Na ausência de uma justificativa plausível, os detalhes (por mais ínfimos que sejam) podem ser reunidos num conjunto de evidências. Se o investigador tem, por conta de suporte teórico e prático, noção do *modus operandi* característico dos métodos de tortura, fica fácil reunir evidências e indícios num conjunto convergente de elementos de convicção.

b)- à presença ou ausência de contradições.

c)- aos padrões de comportamento dos torturadores⁴.

d)- à identificação dos agressores.

e)- à descrição detalhada de como a vítima foi pega pelos agressores.

f)- à descrição do lugar onde a abordagem ou prisão se deu e onde as agressões se processaram.

g)- aos métodos de tortura e os instrumentos utilizados.

As provas técnicas, como exames do local do crime, das armas e dos instrumentos utilizados para a prática da tortura e de corpo de delito, são fundamentais para provar a materialidade do crime. É possível ainda uma avaliação psicológica da vítima (algo extremamente raro de se ver na prática diária). A diagnose do elemento psicológico é importante, em certos casos, para delimitar a linha divisória entre a tortura e outros crimes (como maus-tratos e abuso de autoridade).

As marcas psíquicas da tortura não desaparecem com a mesma facilidade dos vestígios físicos. Os torturadores não podem disfarçar os traumas psicológicos como o fazem com os tormentos físicos (para isso usam saco, choque elétrico, afogamento etc.). As perturbações psíquicas, conhecidas como *síndrome pós-tortura* (ou *estresse pós-traumático*), são caracterizadas por transtornos mentais e de conduta. Há uma série de sintomas, como: desordens psicossomáticas, afetivas e comportamentais; ansiedade; depressão; irritabilidade; paranoia; sentimento de culpa; desconfiança, disfunção sexual; perda de concentração; perda de memória; confusão; insônia; pesadelos; desilusão; debilidade; e perda de memória.

O Laudo de Exame de Corpo de Delito desperta especial interesse, pois é ele o documento que atesta os vestígios físicos da prática de tortura. É necessário que os médicos legistas procedam a uma descrição detalhada de todos os sintomas (dores, inchaços, irritação dos olhos, falta de ar etc.), ferimentos (recentes ou antigos) e cicatrizes encontradas na vítima (Goulart, 2002, p. 85; França, s/d). As lesões externas devem ser retratadas em um esquema do corpo humano (anatômico) e as internas identificadas por radiografias. Além disso, o legista precisa ter em mãos as informações acerca do histórico detalhado da tortura.

É importante ressaltar, quanto à materialidade do crime, que os sinais visíveis não constituem consequência automática e lógica da tortura. E isso porque, com frequência, são empregados métodos que infligem agudo sofrimento à pessoa sem que vestígios possam ser detectados em um exame ocular ou macroscópico⁵. Necessariamente, a lesão deve ser grave ou gravíssima para configurar o crime de tortura? Em absoluto. Existem técnicas de tortura que infligem considerável e até intenso sofrimento físico ou mental à vítima e, no entanto, deixam apenas lesões leves. São exemplos: o uso de saco para asfixiar, o afogamento propriamente, o choque elétrico no escroto, nos mamilos, nos seios ou na vagina, o *spray* de pimenta em ambiente fechado etc. Além disso, a própria lei de tortura prevê em seu art. 1º, § 3º, que se em decorrência da tortura resultar lesão grave, gravíssima ou morte, a pena é agravada. Compreende-se, portanto, que a lesão corporal leve pode integrar o tipo penal de tortura, não incidindo, apenas, a agravação da pena. Essa discussão tem inteira pertinência, pois muitas decisões judiciais desclassificam o crime de tortura para abuso de autoridade ou maus-tratos quando as lesões atestadas pela perícia são leves e, supostamente, não sugerem agudo ou intenso sofrimento físico ou mental.

Todavia, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, após definir a tortura com os elementos de “sofrimentos físicos ou mentais”, entende também como tortura “a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, *embora não causem dor física ou angústia psíquica*” (art. 2º).

De forma geral, as perícias de tortura devem obedecer a um padrão mínimo:

1 - Histórico factual.

Registro detalhado dos fatos relatados pela vítima no decurso do exame, incluindo os alegados métodos de tortura ou

4 Por exemplo, em vários procedimentos de investigação verificou-se que os policiais torturadores costumam se chamar de “Steve”, para evitar que a vítima memorize os verdadeiros nomes deles. É um padrão de comportamento que deve ser levado em consideração. Toda informação é bem-vinda e deve se encaixar logicamente no quebra-cabeças da investigação.

5 É interessante observar que durante uma audiência de custódia, um preso alegou tortura por parte da polícia, mas indagado pelo juiz onde estavam os vestígios, respondeu: “Os policiais sabem bater”. Ou seja, os torturadores sabem infligir dor e sofrimento sem deixar vestígios.

maus tratos, momento da alegada tortura e todos os sintomas físicos e psicológicos que afirme sofrer. Isso ajuda o perito a estabelecer (ou não) um laço entre a descrição e os vestígios encontrados.

2 - Valorizar o exame esquelético-tegumentar.

As lesões esquelético-tegumentares são as mais frequentes, visíveis macroscopicamente e, portanto, devem ser valorizadas e descritas de forma precisa e correta.

3 - Avaliar, através de exame psicológico e psiquiátrico, os traumas psíquicos.

4 - Descrever de forma detalhada as características dos ferimentos e lesões, inclusive com esquema do corpo humano.

As características das lesões quanto à forma, idade, dimensões, cor, localização, superfície (ex.: descamativas, ulcerosas ou com crosta), multiplicidade, natureza etiológica, local de predileção e outras particularidades. Ainda é necessário estabelecer uma relação entre as marcas constatadas (e sintomas) e o relato da vítima acerca dos fatos que provocaram os ferimentos. Isso é importante para criar um laço de causalidade entre o fato (descrito pela vítima) e as consequências físicas deixadas por ele.

5 - Fotografar as lesões.

A fotografia deverá fazer parte da rotina de qualquer exame médico (PI/52). Se possível, fotografias a cores e com qualidade profissional de todas as lesões. De qualquer modo, será sempre preferível tirar fotografias de baixa qualidade a não tirar nenhuma.

6 - Radiografar todos os segmentos e regiões agredidas ou suspeitas de violências.

7 - Examinar a vítima de tortura sem a presença dos agentes do Estado.

A este respeito, o Protocolo de Istambul é taxativo:

“Os exames deverão ser efetuados em privado, sob o controle do perito médico e nunca na presença de agentes de segurança ou outros funcionários governamentais (...).

Nenhum policial ou outro funcionário responsável pela aplicação da lei deverá estar presente na sala de observação. Esta salvaguarda processual apenas poderá ser afastada caso o próprio médico considere que existem indícios sérios de que o detido constitui uma ameaça grave à segurança do pessoal de saúde. Nestas circunstâncias, deverá ser o pessoal de segurança do estabelecimento de saúde, e não a polícia ou outros funcionários responsáveis pela aplicação da lei, a assegurar a segurança do local, se o médico o entender necessário. Ainda assim, o pessoal de segurança não deverá ouvir o diálogo entre médico e paciente (isto é, deve estar colocado de forma a apenas poder estabelecer contato visual com este último, sem ouvir o que diz)”.

A vítima, na presença de um policial e para não sofrer represálias, alega outros motivos para as lesões que não a prática da tortura. Desse modo, de pouco adiantará uma perícia bem feita, dentro dos padrões exigidos, se não forem oferecidas garantias de integridade física e moral à vítima, mantendo seu torturador longe da prova técnica. Essas providências para garantir a privacidade do exame aumentam o grau de credibilidade da perícia.

8- O trabalho deve ser realizado em equipe.

9- A vítima deve ser examinada a luz do dia.

Os exames devem ser realizados sem pressa, com paciência, cuidado e cortesia, e sempre em ambiente bem iluminado (de preferência à luz do dia). No comércio ordinário da vida, pouquíssimos ousam comprar um objeto de segunda mão (um automóvel, por exemplo) à noite, pois alguns vícios podem ser maquiados e escapar à visão. Com muito mais razão (considerando os bens em jogo) se passa com uma perícia médico-legal.

10- Utilizar os meios subsidiários disponíveis.

Esses “meios subsidiários” pressupõem que o órgão de investigação tenha acesso aos serviços de peritos em áreas como a patologia, medicina legal, psiquiatria, psicologia, ginecologia, toxicologia e pediatria. Serviços que possibilitem exames complementares como toxicológico, psicológico, audiométrico etc.

As modalidades mais comuns da prática de tortura são:

I - Espancamento: agressões pelo corpo da vítima com objetos contundentes tipo perna-manca⁶ (travessa de madeira), cassetete, bastão perseguidor, mangueira de borracha, palmatória (para aplicar “bolo”), socos, pontapés etc.

6 O uso da perna-manca é muito comum em atos de tortura por espancamento, como vemos em vários procedimentos de investigação sob nosso encargo. A razão é simples: os torturadores para evitar as marcas físicas dos espancamentos usam objetos largos e contundentes (a exemplo da perna-manca).

II- Empalamento: introdução de objetos (vassouras, cassetetes, garrafas etc.) no ânus dos homens e no ânus/vagina das mulheres.

III- *Asfixia*: suspensão da respiração com uso de saco, estrangulamento, afogamento etc. A asfixia pode ser úmida (afogamento, “submarino molhado” etc.), quando a vítima tem a cabeça imersa em água, muitas vezes contaminada com urina, fezes, vômitos ou outras impurezas; ou seca (“saco”), quando o nariz e a boca são comprimidos, e a vítima é obrigada a aspirar pó, cimento, pimenta e outras substâncias (chama-se também de “submarino a seco”).

IV- *Choque elétrico*: os torturadores usam fio elétrico ou taser e para evitar as lesões provocadas pelos choques, costumam por ataduras nos locais do corpo onde aplicam os choques ou usam toalhas molhadas. É importante observar que durante uma sessão de tortura elétrica, a vítima pode morder a língua, gengivas e lábios, e apresentar algum tipo de lesão característica decorrente nos tecidos moles, maxilares e dentes. Os choques elétricos são aplicados sempre em órgãos sensíveis como os genitais, o reto e a boca.

V- *Tortura posicional*: se dá com utilização da suspensão, estiramento dos membros, imobilização prolongada (normalmente usam cordas e amarram na posição de “porquinho”) ou posturas forçadas (ficar em pé por horas a fio de frente para uma parede ou de joelhos).

VI- “*Telefone*”: consiste em esbofetear com força uma ou ambas as orelhas, o que provoca um rápido aumento da pressão sobre o canal auditivo, levando a uma ruptura do tambor.

VII- *Falanga*: consiste em golpear a planta dos pés com um instrumento contundente (madeira, cano) até perder a sensibilidade na área. Todo o corpo sofre atrozmente com a dor.

VIII- *Suspensão prolongada*: consiste em suspender a vítima pelos tornozelos ou pulsos por horas seguidas. Esse método pode causar danos permanentes, como paralisia dos membros, ruptura dos ligamentos cruzados dos joelhos, perda dos reflexos tendinosos etc. Formas de suspensão: em cruz, de carneiro, palestina e em cabide.

IX- *Execução simulada*: com os olhos vendados ou não, a vítima tem uma arma posta em sua boca ou cabeça e disparada sem munição. O som do gatilho leva a pessoa a uma situação de pânico extremo. A prática ainda é usada para simular a execução de familiares e fazer a vítima acreditar que pessoas próximas serão mortas por sua causa. A ideia é aterrorizar a vítima com a certeza da morte.

X- *Tortura dentária*: consiste na fratura ou extração de dentes, ou na aplicação de corrente elétrica aos mesmos.

4 - A ARTE DE INTERROGAR

A arte de interrogar passa pelas perguntas e a forma como o interrogador se coloca perante o interrogando. O indivíduo que mente, eventualmente mudará sua narrativa; mas o homem que diz a verdade não muda, por mais improvável que sua estória possa parecer.

Todo fato ocorre dentro de uma estrutura lógica: tempo – espaço – ação - resultado. O investigador/interrogador deve conduzir as perguntas de forma a obedecer essa estrutura lógica. E para isso é importante fazer uso da técnica de sequenciamento: mnemônico, factual, indutor e retrospectivo.

Sequenciamento mnemônico. O investigador colhe a narrativa do interrogando de forma natural, deixando-o narrar espontaneamente os fatos de acordo com suas lembranças e memórias. Normalmente isso se passa com algumas vítimas e testemunhas. Esse não é o momento de se preocupar com a ordem dos fatos, isso fica para a fase de análise das informações.

Sequenciamento factual. Essa técnica aborda os fatos dentro da sequência temporal em que foram executados, impondo ordem aos eventos – do início ao fim. Aplica-se com maior eficácia quando o interrogando se dispõe a retratar honestamente o histórico factual. A audição deve ser conduzida de forma a obter do interrogando o esclarecimento do sequenciamento: 1- quando, como e porque teve início; 2- a forma como se desenvolveu; 3- como e quando teve fim.

Sequenciamento indutor. Se o investigador percebe, pelas circunstâncias decorrentes da investigação, que o interrogando não está propenso a colaborar com a verdade e, muito claramente, opta por deturpar os fatos e fabricar versões mentirosas, essa técnica indutora ou de embaralhamento tem inteira aplicação.

Consiste a técnica em embaralhar pontos já apurados, induzindo o interrogando a fazer declarações que contrariam elementos já firmemente consolidados nos autos da investigação. Exemplo: já consta nos autos cópia de Laudo de Exame de Corpo de Delito atestando a “inexistência de lesões macroscópicas” e indagado se foi esmurrado ou agredido fisicamente, o interrogando narra várias agressões físicas que, naturalmente, deixariam vestígios no corpo. Com isso, sua versão avantajada não condiz com as demais provas materiais, e até testemunhais, coletadas. A técnica induz o interrogando a cair em contradições.

Por outro lado, essa técnica também pode funcionar para conferir credibilidade ao depoimento. Ao recolher informações sobre a tortura, o interrogador pode sugerir ou indagar formas de tortura grave a que o interrogando possa ter sido sujeito. A resposta negativa a essas perguntas ou sugestões reforça o caráter verossímil do depoimento, nos fornece mais um elemento de credibilidade.

Sequenciamento retrospectivo. O tempo é percorrido às avessas, do fim para o início, diferentemente do sequenciamento factual. Parte-se da consumação do crime até à fase de preparação e execução, por exemplo. O intuito é encontrar deslizes ou contradições na versão apresentada pelo interrogando.

Dissemos no início deste item, que a arte de interrogar, além das perguntas, passa pela postura do interrogador perante o interrogando. Aqui também algumas técnicas precisam ser observadas para alcançar o máximo de resultados na investigação. Essas técnicas tratam, basicamente, da postura ou comportamento do interrogador durante a audição do interrogando (vítima, testemunhas ou suspeito). É importante que essas técnicas não sejam aplicadas isoladamente, mas em conjunto, de acordo com o caso específico.

1- *Naturalidade.* Consiste em deixar o interrogando absolutamente livre para narrar os fatos. Pressupõe neutralidade emocional. Mesmo que o investigador verifique que a versão não condiz com elementos já apurados, não deve manifestar desconfiança, descrença ou ceticismo com a narrativa apresentada. Se o interrogador, consciente ou inconscientemente, emitir sinais de desconfiança, talvez cruzando os braços, sorrindo ceticamente ou mordendo os lábios, o interrogando também captará essas pistas e ajustará sua narrativa na esperança de que suas novas atitudes sejam mais confiáveis e críveis ou, o que é pior, se fecha em copas e não revela mais nada, pois não acredita na isenção do investigador. Se os sinais de ceticismo ou desconfiança forem omitidos, o interrogando continuará a dar indícios consistentes de que está mentindo e não pensará em alterar a narrativa para se tornar convincente.

Nesse aspecto, recomenda o Protocolo de Istambul, que o investigador deve demonstrar sensibilidade no tom, formulação e sequência das perguntas, dado o efeito traumático que a prestação de depoimento tem para a vítima de tortura.

2- *Indução.* É universal a certeza de que uma pergunta bem formulada representa metade de uma resposta. A técnica da indução implica na aplicação deste princípio. O interrogador com perguntas inteligentes e bem formuladas, a partir de um conhecimento preciso dos fatos sob investigação, pode extrair verdades que, por um motivo ou outro, o interrogando tenta ocultar. Após deixar o interrogando naturalmente livre para expor os fatos (ressalte-se que a narrativa espontânea, em regra, não exaure o histórico factual, seja por esquecimento, ignorância ou má-fé), o interrogador pode recheiar a audição com perguntas capazes de direcionar o diálogo para pontos obscuros ou contraditórios, em que circunstâncias do crime - os detalhes mais preciosos - possam ser elucidadas.

As perguntas que potencializam esse método indutor devem ser claras (em linguagem acessível), objetivas, bem delimitadas e curtas, para evitar dúvidas ou confusões na compreensão do interrogando. A pergunta, como já dito, induz a resposta. Perguntas dúbias ou confusas induzem respostas dúbias ou confusas. A correlação é inevitável.

Outras técnicas existem, como a da persuasão, do desmentido, do questionamento, da alternância e da informação cruzada.

5 - ATRIBUTOS DE UMA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EFICAZ

Toda investigação criminal, de caráter científico, se alicerça sobre uma matriz teórica própria e se guia pelos seguintes parâmetros:

Substrato fático preciso: o fato destravador de uma investigação criminal deve ser preciso e objetivo, pois o trabalho investigativo não é autossuficiente, não podendo se desenvolver sobre criações cerebrinas ou na completa indeterminação factual como se dá, por exemplo, com notícias de crime desprovidas de indícios mínimos. Não é por outro motivo que a Resolução n. 13/2006, do CNMP, prevê a possibilidade de diligências preliminares por até 120 dias (art. 3º, §5º) sem a instauração do procedimento formal de investigação. Somente com a consolidação de um núcleo mínimo de indícios, a norma resolutiva autoriza a investigação criminal formal.

A Convenção Contra a Tortura, em seu art. 13, não exige a apresentação formal de uma notícia-crime de tortura, bastando que uma pessoa alegue ter sido submetida a tortura para que as instâncias de controle estejam obrigadas a proceder de

imediatamente ao exame rigoroso do caso. Essa alegação, todavia, se não vier com elementos precisos, será apurada em duas fases, como já dito acima. Para viabilizar uma apuração formal direta, a alegação de tortura deve ser *verossímil*. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura exige “razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura” (art. 8) para destravar uma imediata e imparcial investigação.

O Protocolo de Istambul (p. 91), embora diga que a investigação deve ser instaurada mesmo na ausência de uma “denúncia” expressa (ou formal), exige a existência de outros indícios de que possam ter ocorrido atos de tortura ou maus-tratos.

Objetividade: os elementos de convicção da investigação devem ter a capacidade de convencer a todos, e não apenas ao investigador. A apuração da autoria e da materialidade (verdade fática e jurídica) de um fato subsumível a um tipo penal deve ser absolutamente objetiva e isenta, sem vinculação com juízos de acusação ou de defesa. Resulta, em resumo, na imparcialidade da investigação, princípio destacado no art. 8º. da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Por conta disso, a apuração de crimes de tortura praticados por policiais (civis ou militares) deve ser levado a cabo pelo respectivo órgão do Ministério Público encarregado de exercer o controle externo concentrado, visto não apresentar qualquer ligação (de ordem funcional ou disciplinar) com os presumíveis autores dos atos de tortura.

Em igual sentido dispõe o art. 15 dos Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público (aprovados no 8º. Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes):

“Os magistrados do Ministério Público obrigam-se em especial a encetar investigações criminais no caso de delitos cometidos por agentes do Estado, nomeadamente atos de corrupção, de abuso de poder, de violações graves dos direitos do homem e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional e, quando a lei ou a prática nacionais a isso os autoriza, a iniciar procedimento criminal por tais infrações”.

Policia não deve investigar policial (Rodrigues, 2016, p. 129). Um sistema de controle civil independente capaz de levar a cabo uma investigação independente e imparcial deve ser totalmente desligado da polícia e de toda direção policial.

No tema específico de tortura, a pesquisadora Maria Gorete Marques de Jesus (2009, p. 236), em dissertação de mestrado em Sociologia pela USP, destaca a importância do Ministério Público quando participa diretamente das investigações envolvendo tortura e ajuíza as respectivas denúncias:

“O papel do Ministério Público mostrou-se importante para o encaminhamento das denúncias e para o resultado dos processos envolvendo agentes do Estado como réus. Quando o Ministério Público atuou diretamente na apuração dos fatos, como ter visitado instalações onde teriam ocorrido as torturas, ter reunido os materiais supostamente utilizados pelos acusados para agredir as vítimas, houve uma tendência para a condenação dos acusados. Quando houve menos atuação por parte dos promotores de justiça, maior foi a tendência para a absolvição dos acusados”.

Liberdade investigativa: o investigador pode fazer uso de todos os expedientes para reunir elementos e provas de uma ação criminosa, desde que não haja normas positivas proibitivas ou violação aos direitos fundamentais de terceiros ou do investigado.

Respeito aos direitos fundamentais: os limites jurídicos dos direitos fundamentais devem balizar o curso da investigação. Esses limites vão ao ponto de obstaculizar a verdade fática buscada, em prol dos direitos dos investigados. Mas isso, embora num primeiro momento possa representar uma restrição irreversível da investigação, deve ser visto como um gatilho para potencializar o desenvolvimento de técnicas modernas de investigação e um estímulo para agregar mais cientificidade nos métodos investigativos.

6- DOCUMENTAÇÃO DA TORTURA

A investigação maneja o fenômeno criminal para trazer à luz seus elementos constitutivos, através de alguns métodos comuns de documentação:

1 - *Observação*: o investigador não interfere na situação investigada. São exemplos: vigilância (fixa ou móvel); gravação de imagens (videovigilância ou vigilância eletrônica); agente infiltrado (*observação participante*); interceptação telefônica; escuta ambiental.

2 - *Entrevista*: representa o momento de coleta das provas orais, que correspondem ao interrogatório do investigado/suspeito e oitiva da vítima/testemunhas/informantes. No Brasil, a prova oral ocupa um lugar de grande relevância na demonstração

e elucidação de um fato (Goulart, 2002, p. 91), principalmente em razão da falta de perícias detalhadas e com suporte científico, de órgãos de polícia técnico-científica aparelhados e de um sistema investigatório mais eficiente.

No caso específico da tortura, quando ela é levada a cabo por agentes do Estado (policiais) contra suspeitos ou criminosos, tende-se a atribuir pouca ou nenhuma credibilidade ao depoimento da vítima, e corre-se o risco de julgar a vítima e não os fatos (e os acusados).

A fase de entrevista ou depoimentos apresenta alguns riscos para o entrevistado (vítima/testemunha) e para o entrevistador. Repetir o relato dos fatos poderá fazer a pessoa (vítima ou testemunha) reviver a experiência de tortura ou dar origem a outros sintomas pós-traumáticos (chama-se de *retraumatização*). Para o entrevistador o risco está em: 1- se identificar com a presumível vítima e perder a objetividade na análise do caso; 2- habituar-se de tal forma a ouvir relatos de tortura que acabe por menosprezar a experiência da vítima.

A presumível vítima de tortura é um manancial rico de informações (dada a clandestinidade já aludida do crime de tortura) e devem ser hauridos o máximo possível de dados:

a- Circunstâncias que conduziram à tortura: abordagem, captura, detenção.

b- Data e hora aproximada da prática dos atos de tortura, até o último.

Eventuais contradições sobre locais e tempo podem ser normais, pois sob tortura, dificilmente se conserva a noção de tempo e de espaço (é possível que a vítima esteja semi-consciente, de olhos vendados ou conduzida num local que impede a visão externa – o camburão de uma viatura, por exemplo). Além disso, a tortura pode ter sido praticada em diversos locais e em diversas ocasiões, assim o torturado pode se lembrar do que se passou, mas não consegue se recordar do local e momento exato de cada uma das sessões de tortura. Isso é absolutamente normal. O importante é obter uma imagem global da situação (descrição dos fatos), ficando em segundo plano a sequência cronológica dos acontecimentos.

c- Local onde se deram os atos de tortura.

d- Descrição detalhada dos torturadores, inclusive se eram ou não conhecidos da vítima, se era a primeira vez que esta os via, vestuário usado, cicatrizes, marcas de nascença, tatuagens, altura, peso, algo incomum na anatomia dos torturadores, língua falada e pronúncia ou sinais de estarem sob a influência de álcool ou drogas, se eram militares ou civis, fardados ou à paisana.

e- Conteúdo das conversas e mensagens mantidas entre os torturadores e a vítima, o que foi dito, afirmado ou indagado. Tudo isso serve para identificar os autores do crime e o *modus operandi*.

f- Descrição e características dos atos de tortura, incluindo os métodos utilizados.

g- Qualquer agressão sexual sofrida pela vítima, como insultos verbais, desnudamento do corpo, toques íntimos, atos obscenos ou humilhantes, choques elétricos nos órgãos genitais, empalamento etc.

h- Lesões físicas provocadas pela tortura.

i- Descrição de armas, artefatos ou quaisquer objetos utilizados na tortura.

j- A identidade de qualquer testemunha dos atos de tortura.

3 - *Busca e recolhimento de documentos*: fichas e assentamentos funcionais, registros médicos (Laudo de Exame de Corpo de Delito, Laudo psicológico etc.).

4 - *Prova técnica*: perícias e laudos.

5 - *Análise das informações*: os elementos colhidos se submetem a uma aferição qualitativa (fiabilidade e probidade) e quantitativa (por exemplo, um elemento de convicção corroborado por diversas fontes terá um valor probatório ou de convencimento mais elevado) com visos a delinear autoria e materialidade. Essa análise pode ser sintetizadora, explicativa ou estruturante.

7- CONCLUSÕES

A investigação criminal é um processo de conhecimento que busca elementos de convicção sobre a materialidade e autoria de um crime. É para tanto, impõe-se o objetivo de transformar *vestígios* em *indícios*, e estes em *elementos de convicção*. Nessa busca lógica pela conexão dos fatos, o trabalho investigativo embrenha-se pelo passado assumindo o caráter de uma pesquisa historiográfica. A verdade colimada, em regra, é retrospectiva. Reconhecemos a investigação criminal como uma inserção no passado para elucidar como os fatos criminosos se deram, mas para além de cada investigação presente e das técnicas manejadas, toma vulto o objetivo de desenvolver *expertise* operativa para futuras investigações.

A tortura tem sido, até certo ponto, uma prática invisível para a sociedade e para o Estado. Essa invisibilidade se reproduz nas ineficientes investigações e nos baixos índices de responsabilização dos seus autores, predominantemente agentes do Estado.

A investigação criminal sobre atos de tortura, além da matriz teórica própria e dos parâmetros assinalados ao longo deste estudo, deve ser imparcial, independente, célere, rigorosa e conduzida com competência técnica. Esses princípios fundamentais sintetizam, ao final, uma investigação eficaz e resolutive, capaz de documentar e elucidar o crime.

Os atos de tortura praticados por policiais têm um primeiro filtro, em termos de Ministério Público, nos órgãos de controle externo concentrado da atividade policial (reforçado pelo controle difuso dos demais órgãos), mas nada impede, sendo até recomendável, um segundo filtro pelos órgãos ministeriais com atuação na execução penal, quando os presos adentram o sistema prisional. Neste ambiente, os detidos, após passagem pelas mãos da polícia, são examinados por um corpo médico da unidade prisional e se detectados sinais evidentes de violência se impõe o dever de acionar a instância de controle adequada.

Essas instâncias de controle e investigação, como ressalta o Protocolo de Istambul (p. 91), devem ter ao seu dispor todos os recursos financeiros e técnicos necessários a uma investigação eficaz. E destaca ainda o documento internacional, que por princípio, um inquérito relativo a um caso de tortura não deverá ser realizado por um único investigador isolado, que não estará geralmente em condições de investigar o caso em profundidade. Para além disso, ser-lhe-á difícil tomar decisões controversas e importantes sem qualquer tipo de debate e estará particularmente vulnerável a pressões exteriores, nomeadamente do Estado.

BIBLIOGRAFIA:

FERRARESI, José Meneghini. **Investigação policial de homicídios: análise de métodos, técnicas e do procedimento policial**. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 2005, 4(1):51-71.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A perícia em casos de tortura**. <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/pericia.htm>. Acesso em 27.06.2017.

GOMES, Mayara.; *et alli*. **Provando a tortura: reflexões a partir da análise de acórdãos dos Tribunais de Justiça brasileiros**.

GOULART, Valéria D. S. Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo:Atlas, 2002.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2009 (<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>).

JESUS, Maria Gorete Marques de (coord.). **Prisão provisória e a lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo:Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar. **Atividade policial, direitos fundamentais e controle externo**. Curitiba:Juruá, 2016.

PROTOCOLO DE ISTAMBUL. Nações Unidas. Nova Iorque/Genebra, 2001 (<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/07/MANUAL-PARA-INVESTIGA%C3%87%C3%83O-E-DOCUMENTA%C3%87%C3%83O-EFICAZES-DA-TORTURA-E-OUTRAS-PENAS-CRU%C3%89IS-DESUMANOS-OU-DEGRADANTES.pdf>).

*A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO/RÉU EM
PROCEDIMENTO CIRCULAR RESTAURATIVO
COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE
INOMINADA EM RESPEITO AO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA¹*

MARCELO AUGUSTO RIBEIRO²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

O presente trabalho visa a enfrentar os efeitos jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode lhe propiciar, quando se trata de ilícito relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher, no âmbito da Lei nº 11.340/06, no que toca às consequências penais e especialmente à dosimetria da pena.

É oportuno destacar que as agressões e outros atos dolosos que constituem violência doméstica contra a mulher possuem nuances e particularidades próprias que lhes dão contorno específico em relação a outros ilícitos previstos no ordenamento penal, diante do enredo próprio das relações pessoais existentes entre o autor do fato e a vítima, o que demanda a necessidade de visão particularizada por parte do operador do Direito.

É nesse cenário que se insere esta proposta, sabendo-se de antemão do crescimento das discussões acerca das práticas restaurativas no Brasil, especialmente a partir da vigência da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Todavia, desde logo, como premissa do raciocínio que se passa a expor, não se pretende aprofundar o debate sobre Justiça Restaurativa em seus diversos aspectos, princípios e fundamentos, teorias abolicionistas e temas correlatos, o que se reserva a outro momento dada a importância e profundidade do assunto.

O que se pretende, neste momento, é discorrer sobre as consequências jurídico-processuais da aplicação das técnicas restaurativas, especialmente dos círculos restaurativos, paralelamente à persecução penal, ante a necessidade de se realizar novas experiências e se experimentar novos caminhos e mecanismos juridicamente sustentáveis visando o fim maior do processo (pacificação social), nem sempre alcançado no processo penal tradicional.

E tal análise se dá a partir da experiência vivida na Comarca de Ponta Grossa, no Estado do Paraná, cidade com cerca de 340.000 habitantes, a partir da rotina da 16ª Promotoria de Justiça que, dentre outras atribuições, atua em ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De plano, para delimitar e introduzir o tema, ainda que superficialmente, colaciona-se alguns aspectos fundamentais acerca das práticas restaurativas e da Justiça Restaurativa na visão de Oliveira:

“Assim, frustradas as expectativas dos sujeitos participantes no procedimento, passa-se a avaliar se a construção de um modelo ativo e, desde logo construtivo, seria razoável para justificar uma nova visão acerca do crime e das reações dele advindas. Para tal proposta, traz-se à colação a justiça restaurativa, que, de forma oposta, enfatiza a necessidade de se “reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que frequentemente desconsideram as necessidades da vítima”, propiciando também ao autor dos fatos um lugar para sua fala. Assim, contra uma “visão vertical na definição do que é justo, ela (justiça restaurativa) dá vazão a um acerto horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva”.³

Refere aludida autora que a ética da alteridade constitui o fundamento filosófico das práticas restaurativas:

“(…) a ética de alteridade encontra-se presente e, desde logo, enquanto fundamento filosófico, como poderia legitimar a inserção das práticas restaurativas no ordenamento: a partir do diálogo entre os participantes, que se encontram face a face, restará facilitada a abertura para o diferente, viabilizando a compreensão do sentido da ofensa, reatando a relação intersubjetiva rompida e a restauração da paz (individual e social) (…).”

Nessa linha de pensamento, o crime e a contravenção penal relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, para além de tão somente serem tomados como a lesão a um bem juridicamente tutelado e a conduta que viola a lei (norma) penal, necessitam também ser compreendidos na perspectiva de que, diferentemente da maioria dos ilícitos penais que ocorrem entre pessoas que não mantêm relações pessoais entre si (na maioria das vezes são desconhecidos), são fatos que acarretam, por vezes, a ruptura de uma relação preexistente entre agente e vítima e, via de consequência, afetam também a relação para com terceiros, tais como filhos e demais familiares.

Daí a necessidade da retomada de valores éticos na eventual reconstrução da relação entre vítima e agente, o que não significa, necessariamente, a retomada do relacionamento amoroso. Ao revés, o que se busca é alguma construção consensual, ainda que adstrita apenas a algum aspecto do conflito, e que decorra da própria vontade das partes envolvidas de modo a minimizar, ainda que parcialmente, os conflitos existentes e que se mostre hábil a permitir, no mínimo, uma relação respeitosa.

3 OLIVEIRA, Cristina Rego. *Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 37/38.

E o trabalho de apoio à família é fundamental para a pacificação social, pois, ainda que a relação amorosa tenha um fim, há vínculos que são eternos, na medida em que, como dito, os conflitos poderão envolver mães, filhos, avós etc. E sem a pacificação de tais relações, é enorme o potencial de novos conflitos e respectiva judicialização em diversas áreas.

Dessa maneira, tem-se que, muitas vezes, o mero compromisso formal de respeito mútuo a que as partes chegam de maneira consensual e voluntária por intermédio das práticas restaurativas pode ser extremamente significativo dentro do contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que, conforme observado em diversos casos concretos ocorridos na Comarca de Ponta Grossa, após a aplicação do círculo restaurativo, muitas mulheres se sentem suficientemente seguras a ponto de, por exemplo, comparecerem espontaneamente em juízo e informarem que as medidas protetivas de urgência outrora deferidas não mais se fazem necessárias (e que, por vezes, segundo elas, passaram a ser até prejudiciais à nova relação (ainda que não amorosa) diante do novo cenário pós-círculo sobre o qual adiante se discorrerá) e, por essa razão, requerem a revogação de tais medidas para que possam estabelecer, por exemplo, uma relação mais livre e amistosa no que toca ao exercício do direito de visitas do agente aos filhos, exercício da guarda etc, o que se revela extremamente significativo, pois demonstra que aquele cenário de medo e pavor da vítima para com o autor do fato, antes presente, deixou de existir.

O que também, por outro lado, revela-se benéfico ao agente, na medida em que deixa de existir em desfavor dele o risco iminente da prisão preventiva na hipótese de eventual descumprimento das medidas protetivas de urgência que constituem efetivo cerceamento à liberdade de ir, vir e permanecer necessário para proteger a integridade psicofísica da vítima. Além de afastar o autor do fato das mazelas do sistema carcerário brasileiro e de contribuir para o aumento da população carcerária.

Ademais, de se frisar que, por intermédio das práticas restaurativas, não se visa que vítima e agente retomem eventual relacionamento amoroso até então existente. Não é isso. O que se busca é a paz individual e social, finalidade última que também é almejada pelo Estado ao final da persecução penal, quando da solução do conflito de interesses entre ele e o agente (direito de punir X direito à liberdade), na qual, tradicionalmente, a vítima assume papel secundário e se vê muitas vezes frustrada com o resultado do processo.

Vale dizer, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que por uma questão emocional ou simbólica, oportunizar as práticas restaurativas poderá proporcionar à vítima e ao próprio agente algo que a persecução nem sempre alcança que é a paz individual e a possibilidade de, a par da responsabilização penal, estabelecerem um relacionamento, ao menos, respeitoso e amistoso, pois, como é cediço, independentemente da retomada de eventual relacionamento amoroso, quando preexistente, podem haver filhos em comum, por exemplo, o que demanda definições acerca de guarda, alimentos, direito de visitas, dentre outras questões. E se não houver uma relação, no mínimo, respeitosa entre os envolvidos, certamente isso se refletirá em novos conflitos com grande potencial de judicialização.

Ademais, ante os efeitos psicológicos decorrentes do ilícito, muitas vezes se revela importante proporcionar o encontro e o diálogo entre a vítima e o autor do fato, inclusive para que possam ter participação ativa na resolução de seus próprios problemas⁴:

“a “oportunidade para relatar os acontecimentos a partir do seu próprio ponto de vista, sendo que todos adquirem um claro entendimento do que aconteceu e das consequências do comportamento em questão e tomam consciência do que deve ser feito para que os danos sejam reparados”. A interação entre os participantes facilita a superação dos traumas sofridos, visto que possibilita a reconstrução de sua identidade à medida que expressa “o seu ponto de vista e os seus sentimentos acerca do crime: a vítima tem a oportunidade de confrontar o infrator com o impacto do seu acto, este tem por sua vez a oportunidade de assumir perante aquela a culpa pela sua conduta e de compreender o mal que esta provocou”, contando ao Outro sua história, quais os impactos sofridos em decorrência das suas ações.”⁵

Enfim, hodiernamente, não é mais possível relegar exclusivamente ao Estado o papel e a responsabilidade pela pacificação individual e social. Mesmo porque, em se tratando de ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nem sempre se atinge tal desiderato, razão pela qual, ainda que paralelamente à persecução penal, deve-se conferir à vítima e ao autor do fato função ativa nessa busca, inclusive, como forma de empoderamento daquela.

4 Idem, p. 88.

5 “Assim sendo, o contato direto também oportuniza que a vítima exponha ao ofensor sua mensagem, “sensibilizando-o para as consequências de seus actos” e “confrontando-o em suas responsabilidades. Assim, através do contato direto com o agressor, passa a questionar-lhe sobre as razões, circunstâncias da prática do fato, situando-se, ainda, em todo o contexto no qual está inserido, para que, após, dê-se-lhe voz para expor o que seria uma solução justa para o conflito concreto, negociando-a de forma proporcional à parcela de sua corresponsabilidades.

O encontro ainda viabiliza que as partes sintam-se assistidas pela comunidade – enquanto manifestação de cuidado –, recebendo afeto e propiciando a recomposição da relação rompida sob a égide do perdão e do respeito. De acordo com Christie, “ser vítima é uma função psicológica e social. Uma pessoa nunca é uma vítima por definição, mas torna-se através de um processo de identificação. Essa identificação é geralmente reforçada e fortalecida por um feedback negativo do meio ambiente”. Assim, através da interação com a comunidade local, a etiqueta atribuída ao ofendido pode ser afastada, dissipando os efeitos nefastos de sua rotulação.

Analisando os efeitos da prática restaurativa sob a ótica do autor do ato ofensivo, a mediação penal também pode trazer-lhe respostas positivas. Isso porque, à medida que o coloca em contato direto com a vítima, faz com que tenha “necessariamente de atentar a perspectivas outras de avaliação que não as suas e, com isto, de reavaliar suas próprias condutas, de reavaliar a si mesmos”. Ibidem, p. 89.

Logo, não se olvida nos dias atuais da importância fundamental da aplicação de técnicas restaurativas paralelamente à persecução penal, inclusive, na busca pela almejada efetividade da prestação jurisdicional, no sentido de que tal prestação atenda ao seu principal desiderato que é a pacificação social, o que nem sempre é atingido com a sentença proferida na ação penal.

Nada obstante, não se prega aqui a implementação da Justiça Restaurativa e/ou do abolicionismo penal em detrimento do processo penal constitucional tradicional com a consequente responsabilização penal do agressor.

Não é isso.

O que se sustenta é que - especialmente em ilícitos penais de menor gravidade (a exemplo da perturbação da tranquilidade, vias de fato, ameaça, lesões corporais leves, crimes contra a honra, dentre outros) que constituem a maioria dos ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme preconiza a Lei nº 11.340/06 e que não apresentem particularidades que desaconselhem a prática restaurativa ou que esta se mostre inviável - paralelamente à persecução penal voltada à responsabilização penal do agente, sejam implementadas aludidas práticas restaurativas tão somente se e quando houver interesse e voluntariedade das partes.

E mais, não se propõe que as práticas restaurativas constituam medidas despenalizadoras para evitar/afastar o processo (tal como ocorre com a transação penal e com a suspensão condicional do processo) ou como instrumento de barganha disponibilizado ao autor do fato para se escusar da responsabilização penal.

A responsabilização penal com a consequente imposição de sanção, quando o caso, deverá existir ainda que o autor do fato tenha se submetido às práticas restaurativas, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública incondicionada, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública condicionada à representação ou mesmo nos passíveis de ação penal privada, quando, nas últimas hipóteses, restarem superadas as fases da persecução penal cujo prosseguimento dependa exclusivamente da vontade da vítima (oferecimento de representação, retratação ou renúncia à representação, oferecimento de queixa-crime, perempção etc).

E, dentre as diversas práticas restaurativas disponíveis, merece destaque, mormente em conflitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, os denominados procedimentos circulares, conforme refere Pranis⁶.

A título de ilustração, para que se possa divisar a dimensão e o alcance de tal prática restaurativa na Comarca de Ponta Grossa, especificamente na aplicação dos procedimentos circulares nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao tomar conhecimento do fato, a Autoridade Policial, o Ministério Público ou o Judiciário, em qualquer momento da persecução penal, vislumbrando a possibilidade de aplicação da prática restaurativa, podem encaminhar o caso ao CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania).

No CEJUSC ocorre uma fase denominada pré-círculo na qual é lavrado o Termo de Abertura de Procedimento Circular de Justiça Restaurativa; as partes envolvidas são formalmente convidadas a participar; é lavrado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido sobre as diretrizes e objetivos do procedimento; bem como a pessoa é cientificada sobre a possibilidade de desistir de participar do procedimento a qualquer tempo.

Nesta fase, os envolvidos são orientados sobre o funcionamento do procedimento; cientificados, dentre outros, de dois princípios basilares que são a voluntariedade (apenas participam se assim o desejarem) e da confidencialidade (tudo que ali é dito e tratado é confidencial); bem como são estimulados a contarem suas histórias e a exporem suas expectativas quanto ao procedimento.

6 “Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa ao centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos.

Usando elementos estruturais intencionais (cerimônia, um bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações, e um processo decisório consensual), os Círculos objetivam criar um espaço onde os participantes se sentem seguros para serem totalmente autênticos e fiéis a si mesmos.

(...)
No círculo as decisões são tomadas por consenso. Isto não significa que todos terão entusiasmo em relação a determinada decisão ou plano, mas é necessário que cada um dos participantes esteja disposto a viver segundo aquela decisão, bem como apoiar sua implementação.

Antes de discutir a missão do grupo em si, é preciso conhecer todos os participantes e construir relacionamentos, independente da tarefa do grupo. Metade do tempo do encontro poderá ser gasto criando-se a base para um diálogo profundamente honesto em torno do conflito ou dificuldade que acontecerá na etapa seguintes. Discutir valores, criar linhas-mestras que orientem o trabalho, partilhar aspectos desconhecidos sobre si mesmo – tudo isto é parte da preparação do alicerce para um diálogo que mobilizará os participantes emocional e espiritualmente, além de intelectualmente.

Num Círculo, chega-se à sabedoria através das histórias pessoais. Ali a experiência vivida é mais valiosa do que conselhos. Seus integrantes partilham experiências pessoais de alegria e dor, luta e conquista, vulnerabilidade e força, a fim de compreender a questão que se apresenta. Quando alguém conta uma história, mobiliza as pessoas à sua volta em muitos níveis: emocional, espiritual, físico e mental. E os ouvintes absorvem as histórias de modo muito diferentes do que se estivessem ouvindo conselhos.” (PRANIS, Kay. Teoria e Prática: Processos Circulares. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 25/28)

Em seguida, passa-se à fase do círculo propriamente dito, na qual, em dia e hora previamente designados, as partes (autor do fato e vítima), acompanhados ou não de um apoiador, caso assim o desejem (pode ser um membro da família ou uma pessoa de sua confiança), submeter-se-ão à metodologia e às técnicas a serem aplicadas por dois facilitadores, procedimento que tem duração aproximada de três horas.

Ao final do círculo, aguarda-se que as partes construam e proponham por si mesmas alternativas consensuais que, respeitadas as particularidades de cada caso, contribuam para a minimização dos conflitos, ainda que de forma parcial. Ou seja, muitas vezes a construção em consenso a que chegam os envolvidos é simplesmente (e que, paradoxalmente, não é pouco) o compromisso formal de se respeitarem mutuamente. Por vezes, observa-se o compromisso de não telefonarem um para o outro, porque, naquele caso, tal ação constituía um dos principais motivos de conflito, sobretudo, quando cada qual já havia constituído nova família/relacionamento ou, por outro lado, o consenso se deu no sentido de tratarem os assuntos de comum interesse apenas por telefone, porque os conflitos decorriam dos encontros pessoais; o compromisso de simplesmente não se agredirem verbalmente ou, ainda, limitarem o contato apenas a mensagens por telefone ou, por outro lado, evitarem as mensagens para não ocorrer mal-entendidos; compromisso de estabelecerem mais diálogos; solução de consenso quanto à guarda dos filhos, regime de visitas e alimentos (devidamente homologados pelo juízo do CEJUSC, após parecer ministerial), pois são questões que contribuem fundamentalmente para os conflitos quando não existem regras claras a respeito.

De qualquer modo, sejam quais forem os pontos de consenso a que as partes cheguem, estes serão objetiva e sucintamente apontados em documento próprio (visando a preservar a confidencialidade) que será encartado aos autos do procedimento que será submetido à apreciação do órgão do Ministério Público designado para atuar junto ao CEJUSC e, em seguida, ao magistrado coordenador do CEJUSC para homologação. Após a homologação, os autos do procedimento são remetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar e apensados aos autos de inquérito policial/ação penal respectivos.

Por fim, existe a fase do pós-círculo na qual as partes são contatadas pelo CEJUSC em prazo razoável após o círculo (cerca de 45 dias) para informarem como a relação se encontra, avaliarem o procedimento e os resultados obtidos, declinarem se os compromissos assumidos estão sendo respeitados etc. Hipótese curiosa ocorrida na Comarca se deu quando, nesta fase, o autor do fato, quanto aos alimentos pactuados em favor dos filhos em construção em consenso ao longo do círculo, voluntária e espontaneamente informou ao CEJUSC que naquele momento poderia aumentar o valor dos alimentos em razão do novo emprego obtido e da melhor remuneração.

Oportuno consignar que, na Comarca de Ponta Grossa, até o momento, não se tem notícia de reincidência por parte daqueles que participaram dos círculos restaurativos. Apenas a título de ilustração, ao longo do ano de 2016, foram realizados, em diversos momentos da persecução penal, 100 (cem) pré-círculos e 16 (dezesseis) círculos, sendo que a justificativa apresentada pelos envolvidos para a não continuidade do procedimento circular restaurativo foi a de que o conflito já havia se resolvido entre eles.⁷

De se destacar ser também aplicável à matéria a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, e a Resolução nº 02/2014, da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que também trata do tema em âmbito estadual.

Frise-se tratar, como dito, de procedimento absolutamente voluntário e que demanda o desejo conjunto da vítima e do autor do fato, cuja participação não pode decorrer de ordem judicial ou como condição para liberdade provisória ou qualquer benesse, nem tampouco a recusa em participar acarretará qualquer tipo de consequência processual, sob pena de desvirtuar-se a finalidade do instituto.

Demonstrados, portanto, basicamente, os princípios e fundamentos dos círculos restaurativos relacionados aos ilícitos penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, retoma-se a indagação inicial exposta no presente no sentido de perquirir quais são as consequências jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode trazer em ações penais que envolvam ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à dosimetria da pena eventualmente imposta.

Eventualmente se poderia sustentar que a participação do agente nos círculos restaurativos, a depender dos resultados alcançados e da espécie de ilícito penal cometido, poderia acarretar a falta de justa causa para a ação penal e/ou a perda superveniente do interesse processual por parte do titular da ação penal na perspectiva do Direito Penal mínimo, dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, e por analogia “in bonam partem” a partir das escusas absolutórias previstas no art. 181, do Código Penal, e das razões de política criminal que as fundamentam, como forma de prestigiar a unidade familiar em detrimento da persecução penal em verdadeiro conflito de interesses e de valores solucionado a partir do princípio da proporcionalidade.

⁷ Idem, p. 27

Sobre as escusas absolutórias, discorre E. Magalhães Noronha:

“(…) Parece-nos certo que a predominância dos interesses da família, o alarma social de pequeno vulto, a menor periculosidade do agente, são circunstâncias que até certo ponto justificam as imunidades penais.

(…) Com efeito, a nós nos parece que o crime patrimonial entre parentes não deve ser perseguido de ofício. Não só em nome da paz e da concórdia que deve existir no seio da família, mas também por uma razão que, conquanto não invocada pelos doutos, é indicada pela prática. Os crimes patrimoniais, como os contra os costumes, são dos que não prescindem do concurso da vítima, na elaboração da prova. Cometidos quase sempre sem testemunhas, às ocultas, são a palavra daquela e os esclarecimentos seus que orientam o julgador na pesquisa da verdade. Por outro lado, é princípio de que não existe delito patrimonial com o consentimento do lesado. Disso, sem esforço, se vê a precariedade da ação, se se a quisesse conferir ao Ministério Público.”⁸

Todavia, salvo melhor entendimento, não nos parece adequada a aplicação da aludida fundamentação relacionada aos ilícitos penais de natureza patrimonial aos ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, na medida em que afastaria a responsabilização penal do agente, o que, sobretudo na atualidade e diante da histórica e cultural violência de gênero contra a mulher, não se mostra justo, razoável, adequado e proporcional, mormente por se tratar de odioso fato social decorrente, direta ou indiretamente, do preconceito que ainda persiste na sociedade em relação à mulher.

Não bastasse, tal entendimento parece estar em rota de colisão com o art. 226, §8º, da Constituição Federal⁹, bem como com os princípios e normas da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à necessidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e à necessidade de empoderá-la e de protegê-la sob diversos aspectos, em verdadeira discriminação positiva, razão pela qual não se olvida que a responsabilização penal exerce papel fundamental e pedagógico na prevenção e repressão de tais ilícitos, de forma geral e, em particular, sob pena de, inclusive, caracterizar-se proteção deficiente dos bens jurídicos elencados pela Lei nº 11.340/06.

Ademais, repise-se, não se pode admitir que as práticas restaurativas sejam vistas como instrumento de barganha por parte dos agentes, a ponto de enxergarem nos círculos restaurativos uma possibilidade de evitarem o processo, tal qual uma medida despenalizadora como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Trata-se de matéria absolutamente distinta que possui princípios e normas próprias que com aquelas não se confundem, sob pena de desvirtuar-se a aplicação das práticas restaurativas.

Porém, por outro lado, há necessidade de se reconhecer a atitude do autor do fato em participar de tais práticas e, por uma questão de equidade, outorgar a esta participação uma consequência juridico-processual que, a um só tempo, valore/recompense sua iniciativa voluntária e, em retribuição, confira algum efeito concreto na dosimetria da pena, caso condenado.

Pois não se olvida que o indiciado/réu que participou dos círculos restaurativos deve ser tratado de forma diversa daquele não participou, pois, uma vez condenado, não se mostra equânime que receba a mesma pena que aquele que não participou, sob pena de tratar-se igualmente situações completamente desiguais, o que representa ofensa à Constituição Federal, mais precisamente ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI.

Neste tocante, refere Bulos¹⁰:

“Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.

(…)

Tal vetor compactua-se com o ditame da personalidade, ou seja, imputa-se o crime, apenas, ao seu autor, sendo ele o único elemento suscetível de sofrer sanção.

Ao consagrar dito princípio, o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declarações Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade.”

⁸ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Saraiva.2000, p. 515.

⁹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(…)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 501.

Todavia, de outro turno, salvo melhor entendimento, não se concebe como suficiente e proporcional reconhecer tão somente a presença de uma circunstância judicial favorável (art. 59, do Código Penal) quando da primeira fase da dosimetria da pena, a exemplo da conduta social ou da personalidade do agente, porque o *quantum* a ser conferido pelo juiz diante de uma circunstância judicial favorável será diminuto e eventualmente poderá ter por escopo tão somente se contrapor a uma circunstância judicial desfavorável, o que nos parece irrazoável e desproporcional a partir do significado e do que representa a efetiva participação do condenado no círculo restaurativo, o que, de alguma maneira deve ser recompensado e estimulado pelos benefícios sociais que traz.

Assim, tais entendimentos revelam dois extremos diametralmente opostos e injustificáveis quanto aos efeitos jurídicos que a participação do agente nas práticas restaurativas podem acarretar à persecução penal. De um lado, acarretar a extinção do processo diante da alegada perda superveniente de interesse processual parece-nos supervalorizar infundadamente o comportamento do agente (está além do razoável) e, por outro lado, relegar tal comportamento à análise favorável de uma mera circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena implicaria em subvalorizar seu comportamento (está aquém do razoável).

Por essa razão é que se busca no presente trabalho propor uma solução intermediária e que melhor contemple a proporcionalidade.

Então, como atender ao princípio da individualização da pena e conferir de forma justa e razoável ao agente alguma consequência jurídica à sua iniciativa em participar dos círculos restaurativos diante da legislação vigente?

O que se propõe é que a participação do agente em procedimentos restaurativos caracterize uma circunstância atenuante inominada, com fulcro no art. 66, do Código Penal, posto que o rol das circunstâncias atenuantes mencionado no art. 65, do citado diploma é meramente exemplificativo.

Sobre a redação do aludido dispositivo, afirma Greco:

“O art. 66 do Código Penal, demonstrando a natureza exemplificativa do rol existente no art. 65, diz que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea b, do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano etc.”¹¹

Para Mirabete:

“Visa o dispositivo uma possibilidade de flexível individualização da pena. A rigor, porém, o juiz já poderá levar em conta na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base.

Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.”¹²

Assim, o reconhecimento de uma circunstância atenuante inominada, quando da segunda fase da dosimetria da pena do condenado, cujo critério jurisprudencial majoritário aponta para o *quantum* de um sexto da pena, parece-nos uma solução juridicamente sustentável, mais adequada e proporcional, em reconhecimento ao seu comportamento de participar dos círculos restaurativos após a prática do ilícito penal e que, a um só tempo, retribui proporcionalmente sua atitude de buscar as práticas restaurativas, bem como constitui medida justa de estímulo (e não barganha) para outros agentes.

Contudo, não se sustenta que a participação no círculo restaurativo “per se” constitua direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória. Ao revés, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, verificar-se-á que os fins pretendidos não foram alcançados e, portanto, a circunstância atenuante inominada não deve ser reconhecida.

11 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 575.

12 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Gral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 298.

Diante do exposto, conclui-se que:

- a) considerando que ainda não se verifica posicionamento dos Tribunais Pátrios especificamente sobre o tema, a participação do indiciado/réu nos círculos restaurativos deve acarretar em benefício dele, no caso de condenação penal, alguma consequência jurídico-processual;
- b) tal participação deve ser valorada na sentença condenatória, quando da segunda fase da dosimetria da pena, como uma circunstância atenuante inominada (art. 66, do Código Penal), por se mostrar medida justa, razoável, proporcional e em sintonia com o art. art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, com a ressalva do Enunciado nº 231, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹³;
- c) a participação no círculo restaurativo “per se” não constitui direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória e, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, não deve ser reconhecida a circunstância atenuante inominada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BRASIL. Presidência da República. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em 04 de março de 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de março de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>>. Acesso em 04 de março de 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Saraiva.2000.
- OLIVEIRA, Cristina Rego. Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- PRANIS, Kay. Teoria e Prática: Processos Circulares. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

¹³ “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

DIFUSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ANTICORRUPÇÃO E O RESPECTIVO IMPACTO NA CORRUPÇÃO INCONVENCIONAL¹

MARCONDES PEREIRA DE OLIVEIRA²

GABRIELA ALMEIDA DE SANTANA³

RESUMO:

Esta prospecção científica apresenta o fenômeno da corrupção como modernamente é compreendida, em uma forma convencional e em uma outra forma não convencional, entendimento este que aponta para diferentes métodos de combate ao fenômeno, adequados à forma pela qual o fenômeno se apresente. Igualmente, apresenta o princípio constitucional anticorrupção, autônomo, estruturante e com força normativa necessária ao combate do fenômeno da corrupção convencional. Propõe-se uma prática sistemática de difusão do princípio anticorrupção, nomeadamente nas peças e arazoados ministeriais, com a finalidade de impactar o fenômeno da corrupção não convencional, pela conscientização da necessidade, em razão dos impactos negativos do fenômeno, em quaisquer de suas formas, na sociedade.

Palavras-chaves: Corrupção convencional. Corrupção não convencional. Princípio anticorrupção. Constituição.

¹ **APROVADA POR UNANIMIDADE**

² Membro do Ministério Público do Estado do Piauí. Mestre em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Autónoma de Lisboa.

³ Membro do Ministério Público do Estado do Piauí.

ABSTRACT

This scientific prospect presents the phenomenon of corruption as it is modernly understood, in a conventional way and in another nonconventional form, an understanding that points to different methods of combating the phenomenon, adequate to the way in which the phenomenon presents itself. It also presents the constitutional anti-corruption, autonomous, structuring and normative force necessary to combat the phenomenon of conventional corruption. It is proposed to systematically disseminate the anti-corruption principle, particularly in the ministerial pieces and reasons, in order to impact the phenomenon of unconventional corruption, by raising awareness of the need, due to the negative impacts of the phenomenon, in any of its forms, in society.

Keywords: Conventional Corruption. Unconventional Corruption. Anti-Corruption Principle. Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho certamente contribuirá para uma reflexão acerca dos “desafios do Ministério Público”, notadamente neste momento que vivenciamos dinâmicas discursões, não somente no Brasil, mas também a nível mundial, acerca do tema corrupção, o que, para nós brasileiros se apresenta de suma importância, em função de fatos revelados no cenário nacional nestes últimos anos. Neste momento que coincide com a fruição de “três décadas da Constituição Federal de 1988”, reflexão que se apresenta necessária neste XXII Congresso Nacional, em face do papel por ela conferido ao Ministério Público.

Os argumentos do Prof. Jónatas Machado (MACHADO, 2017) - no sentido de que o combate à corrupção não se dá, tão somente pelas ferramentas processuais, mas notadamente pela educação e aculturação dos princípios ético-morais, em razão de estarmos, todos, uns mais outros menos, propensos a atos de corrupção, convencional ou inconvencional - nos incentivou a propor tarefas nesse sentido.

Todos estão de acordo no entendimento de que a corrupção possui íntima relação com a cultura local, assim, há a necessidade de penetração no elemento cultural, demonstrando que os atos tidos como insignificantes, são em realidade sementes de corrupção, ou elementos culturais de aceite da corrupção, proporcionando uma mudança de rota, no seio da comunidade, pela via educacional, a fim de se refletir na vida prática. Neste aspecto se faz necessário, esclarecer - se não lembrar - o que significa de ruim e prejudicial à sociedade.

A classificação da corrupção em formas de corrupção convencional e de corrupção não convencional, favorece à compreensão de que a corrupção não só possui a definição que é dada no ramo do direito penal, mas esta advém de uma conceituação mais ampla, ligada à ética e à moral, na seara pública e na seara privada.

A difusão do princípio constitucional anticorrupção pode ser uma ferramenta de grande utilidade, notadamente na comunidade jurídica, assim, deve ser feito o uso da divulgação do princípio, discorrendo acerca da sua autonomia e de sua força normativa, bem como os vários aspectos da corrupção cotidiana, a pequena corrupção convencional e a corrupção não convencional, acentuando que atos aparentemente neutros e insignificantes são também atos de corrupção.

Então, neste contexto crítico por que passa o país, ciente do papel conferido ao Ministério Público, há de se ter em mente que a corrupção não se pode combater tão somente pelos instrumentos tradicionais, devendo ser tentados todos os mecanismos que se crê combater ou evitar, mesmo que não detectável ou aferível, afinal estamos tratando de um fenômeno complexo, assim, como são as relações sociais na pós-modernidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Corrupção: amplo aspecto

A corrupção é qualquer quebra de expectativa dos padrões ético-morais de alguém para com outro, podendo este ato ter reflexo em relação a terceiro, e, ainda, efeitos de grande impacto nas relações da comunidade, bem como nas relações de poder de gestão da sociedade, haja vista os efeitos do ato ultrapassarem a relação interpessoal, impactando as relações sociais e as relações governamentais.

GARCIA (2011, p.1) relaciona a corrupção com uma posição *standart*, de forma tal que o ato de corrupção se definiria como uma infração de dever jurídico posicional:

“A corrupção, em seus aspectos mais basilares, reflete a infração de um dever jurídico posicional e a correlata obtenção de uma vantagem indevida. Fala-se na infração de um dever jurídico posicional na medida em que o corrupto deve necessariamente exercer uma função, na esfera pública ou privada, que lhe imponha um dever e lhe outorgue os poderes necessários à realização de certo objetivo.”

Normalmente para fins de definir objeto de estudo ou para fins de definir ferramenta de combate a corrupção é retratada numa acepção, num recorte da realidade, a corrupção no âmbito da administração pública, a título de exemplo inserimos de JÚNIOR (2015, p.10):

“A corrupção, para fins desse ensaio, é caracterizada pelo exercício abusivo dos poderes públicos para benefícios do interesse privado ou aqueles atos pelos quais o interesse privado passa a ser excessivamente mais importante do que o interesse público.”

Fato é que, para além daqueles atos de corrupção tipificados na legislação, penal, cível e administrativa, as quais são usualmente objeto de repressão, há a corrupção culturalmente incrustada nos comportamentos, pequenas corrupções, corrupção não convencional, enfim, sementes de corrupção.

Corrupção: a corrupção convencional e a corrupção não convencional

Há diferenciação dos níveis de corrupção, de âmbitos de corrupção e das formas de corrupção, em razão de se acreditar na necessidade de diferentes frentes de combate (JÚNIOR, 2010), normalmente são identificadas duas formas de corrupção, a convencional ou usual e a forma não convencional ou não usual.

A corrupção convencional, grande ou pequena, é assim, descrita por JÚNIOR (2015, p.10):

“A corrupção pode ser chamada convencional ou usual quando o agente público eleito ou não eleito, se utiliza do cargo público com desvio de finalidade ou abuso de poder, visando a alcançar benefícios pessoais ou para terceiros, aí incluindo atos de suborno, transações ilegais, condutas que, uma vez subsumidas à *fattispecie* prevista legalmente, comina ao agente público as sanções previstas na lei. A lei prevê de antemão uma conduta que, praticada factualmente pelo agente público leva a uma sanção.”

Já a corrupção não convencional possui maior poder de disseminação, sendo de difícil combate em razão de se encontrar mais disfarçada, assim, problemática em termos de prova da situação corruptiva. Encontramos os seus contornos conceituais em JÚNIOR (2015, p.12):

“Patrick M. Yingling, quando trata da corrupção não convencional, defende que é exclusiva de formas democráticas de governo e ocorrem quando os agentes públicos eleitos tomam decisões sem levar em conta o interesse público. Em vez de suborno ou propina, seriam decisões que beneficiariam determinado pessoa ou grupo empresarial, para conseguir sua reeleição. Seriam estratégias para que determinados partidos políticos conseguissem se perpetuarem no poder. Não se conhece a ilegalidade dessas condutas, pois não se cuidam de propinas ou subornos, transações onde se evidencia o *quid pro quo*⁴, mesmo que imponham muitos custos para a sociedade.”

Há a constatação de que, sempre que ocorre a implementação de legislação e de sistema de combate à corrupção convencional, ocorre também o fenômeno de perseguir os mesmos objetivos por outras formas, outros instrumentos, muitas vezes recaindo na corrupção não convencional. Acerca do Brasil, imprescindível o trecho de JUNIOR (2015, p.14), citando Sérgio Habib:

“Exemplo de um dos efeitos decorrentes do desdobramento histórico é o chamado ‘jeitinho brasileiro’, expediente infelizmente já integrado à virtude de uma boa parte dos brasileiros, que dele se utilizam para deixar de cumprir regras de condutas em sociedade, que não deixa de ser uma ‘modalidade-obliqua – de descumprimento da lei e de corrupção, que já estaria institucionalizada no Brasil, como forma de se contornar a intransigência e a impessoalidade de algumas normas, inclusive da própria lei, quando há a presença de interesse’. Essas condutas desvirtuadas verificadas no conjunto da sociedade, origem inexorável da classe política, certamente refletir-se-ão na forma de governar, sempre considerando o pressuposto de que a virtude moral não é gerada pela natureza, mas de hábitos que se encarnam nas pessoas e as tornam capazes de praticar atos justos.”

⁴ Expressão latina que designa a troca, uma coisa pela outra, dar e receber, respectivamente, ou seja, popularmente um “toma lá, dá cá”.

LIVIANU (2014), também faz referência ao famoso “jeitinho brasileiro”, no sentido de que alguém sempre tenta uma via alternativa, um jeitinho, a fim de contornar uma exigência legal, se eximir de uma responsabilidade ou de uma sanção, sem qualquer análise intelectual e reflexiva das consequências dos seus atos para o conjunto dos cidadãos, para o sistema de funcionamento da sociedade e para a necessidade da eficácia dos controles da vida em comunidade.

Princípio AntiCorrupção: princípio estruturante da constituição

JÚNIOR (2015, p.34) relata que na Constituição Federal de 1988, encontra-se presente um tal princípio constitucional anticorrupção, este deduzido dos princípios estruturantes, iniciado pelo princípio republicano e seguidos pelos princípios democrático de direito, separação das funções de poderes, dentre outros, tais como: direitos humanos, Estado social e ambiental, tutela da jurisdição efetiva, assim, formatando um princípio jurídico-constitucional não expresso, porém, presente e com toda carga normativa. Então, se reporta:

“De uma singela leitura do texto constitucional, depreende-se um firme propósito contra a corrupção, neste particular, indicando claramente que a arquitetura de governo engendrada, bem como os critérios que deverão nortear a sadia conduta do Administrador Público, não comungam com nenhuma forma de corrupção. A Constituição, é o fundamento de validade de um sistema repressivo a busca a responsabilização e punição dessas condutas que depõem contra a República.”

Portanto, um princípio, como os demais, estruturante do Estado brasileiro, autônomo e independente, em que, suas relações com os demais, apenas se dá como garantia de prestação dos direitos básicos, da cidadania e da efetivação da vontade constitucional.

A Constituição de 1988 foi estruturada com o objetivo de combate à corrupção, assim, as normas decorrentes da Constituição da República Federativa do Brasil devem ser interpretadas tendo como pensamento esse objetivo. Neste aspecto, o Princípio Anticorrupção possui autonomia e está relacionado aos demais princípios estruturais da Constituição, assim, a transparência, a boa governança e a accountability⁵ são princípios decorrentes do princípio anticorrupção (MACHADO, 2017).

Ademais, vê na forma de estruturação constitucional do Ministério Público brasileiro um reforço ao princípio anticorrupção (JÚNIOR, 2015, p.36)

“Outro fator de robustecimento do sistema anticorrupção é a (re) criação do Ministério Público brasileiro a partir da Constituição de 1988 como um órgão de Estado, com prerrogativas de Poder e incremento de atribuições tanto no âmbito criminal, eleitoral e na improbidade administrativa, constituindo-se em imprescindível ator no combate à corrupção e no reconhecimento propósito anticorrupção como princípio constitucional, o credencia como importante aliado da sociedade, integrante do sistema constitucional anticorrupção.”

Assim, a responsabilidade do Ministério Público para com o combate à corrupção é imensa, como demonstra CAMBI/BERTONCINI (2015, p.294), ao propor a imediata criação e regulamentação do Conselho de Gestão Fiscal, órgão de representação múltipla, previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de controle social com impacto nos índices de corrupção, finalizando suas argumentações, nestes termos:

“Afinal, a resistência dos governos em submeter-se ao amplo controle (estatal e social), a persistência na utilização de procedimentos opacos e sem publicidade, bem como a tendência de tornar o poder invisível favorecem a corrupção, desviam recursos públicos indispensáveis à implementação de políticas públicas vinculadas à efetivação de direitos fundamentais sociais, tornam os serviços públicos precários e impedem o desenvolvimento nacional.”

Portanto, não se pode abrir mão de ferramentas auxiliares, notadamente quando são as únicas que possuem eficácia contra a corrupção não convencional, pois neste tipo de corrupção, as “condutas escapam do sistema punitivo, pois não são tipificadas legalmente que, por isto, não podem ser punidas, mas não deixam de ser consideradas realisticamente como corrupção”. (JÚNIOR, 2015, p.39)

⁵ Termo que não deve ser simplesmente traduzido, senão conceituado: “Para Richard Mulgan, a accountability pública é uma decorrência dos princípios democráticos, na medida em que o titular originário dos poderes exercidos pela administração é o povo. Por essa razão, a accountability favorece a deliberação pública e a participação dos cidadãos na vida pública, que são aspectos fulcrais da ‘cidadania democrática’. Segundo o mesmo autor, a accountability postula a disponibilização de informação aos cidadãos pelos poderes públicos, mas não só: estes têm o dever de explicar e justificar as medidas adotadas, bem como o dever de responder às críticas que lhes sejam dirigidas.” (COSTA, 2017)

Difusão do princípio anticorrupção: necessidade

Há sempre uma cobrança ao Ministério Público, não sem razão, acerca da eficácia, dos resultados e da eficiência dos métodos tradicionais de combate à corrupção, destinados à corrupção tradicional, convencional. Entretanto, em um Estado corrupto, há de se importar acerca dos motivos dos atos corruptos, dos métodos de fuga do sistema de controle da corrupção e do nível de percepção dos cidadãos acerca do fenômeno corrupção.

Ao lado da ideia de impossibilidade de irradicação total do fenômeno, há a ideia de controle, porém, com maior eficácia a partir da dissuasão do conceito de atos da pequena corrupção convencional, bem como da corrupção não convencional, algo que se traduza numa prática de cidadania, em que não basta ter a consciência e se abster, mas também e, principalmente, fazer uso de um discurso combativo, repressivo e desmotivador da prática de atos corruptivos.

Nesse âmbito, um discurso de valorização e reforço do direito, do normativo, poderá ser feito pelo uso do princípio anticorrupção, não só demonstrando a sua existência, exaltando a sua força normatividade, mas relacionando a sua eficiência em relação a implementação com maior eficácia dos demais valores expressos na Constituição, tais como direitos humanos, igualdade, democracia, etc.

Este tipo de tarefa pode ser realizada por qualquer cidadão, entretanto, os membros do Ministério Público podem potencializar o discurso, instrumentalizando em seus arrazoados cotidianos, a final o Poder Judiciário pode fazer muito em relação a eficácia dos instrumentos legais de combate à corrupção convencional, bem como se constitui numa caixa de ressonância dos ideais constitucionais.

A cerca do arcabouço de instrumento legais⁶ de combate à corrupção convencional nos fala LEVIANU (2014, p.162):

“Novas leis vêm sendo aprovadas visando o controle da corrupção, muitas delas importantes, outras apenas para satisfazer o clamor social, num contexto de crise de representação, onde se pergunta: como escolher representantes se as pessoas não se representam a si mesmas, já que desconhecem seus direitos e deveres, sendo razoável questionar a razoabilidade do aumento alucinante de leis numa sociedade em decadência e doente socialmente.”

Neste contexto, principalmente em relação ao combate à corrupção não convencional, há que se dispor de instrumentos diversos das sanções legais, instrumentos sociais e de prática de cidadania, que supra essa lacuna de combate, bem como reforce e fortaleça o combate via instrumentos legais de sanção às condutas corruptas.

Essa ideia de reforçar o combate à corrupção via participação da sociedade civil está presente na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁷ (CNUCC), que em seu artigo 13⁸, invoca a necessidade do fomento neste âmbito, e, no sentido aqui proposto, “para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim, como a ameaça que esta representa”.

No âmbito do Ministério Público brasileiro há de se registrar a “campanha o que você tem a ver com a corrupção?”, iniciada no Ministério Público de Santa Catarina, hoje com contornos de amplitude nacional, bem como a “campanha não aceito corrupção”, hoje com contornos de sociedade civil organizada.

Evidente que, em cada contexto e conjuntura, e em cada sociedade, haverá um impacto específico, que se espera producente, em relação ao combate à corrupção, nomeadamente em relação à corrupção não convencional ou à corrupção convencional de pequeno porte, pouco presente nos instrumentos processuais ordinários, de combate à corrupção.

6 Os principais conjunto de normas são: Ação Popular (Lei 4717/65), Ação Civil Pública (7347/85), Lei da Improbidade Administrativa (8429/92), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000); Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) e Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

7 De 31.10.2003, assinada em 09.12.2003, aprovada pelo Congresso Nacional em 18.05.2005 (Dec 348), ratificada pelo Brasil em 15.06.2005, teve o texto promulgado no nosso ordenamento em 31.06.2006 (Dec 5687).

8 Artigo 13. Participação da sociedade. 1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;

c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários;

d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para:

i) Garantir o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros;

ii) Salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas.

CONCLUSÃO

O fenômeno corrupção é uma forte realidade no Brasil, aferível, não só pelos casos (suas naturezas e circunstâncias) que diariamente passam por nossos gabinetes ministeriais, mas também pelos escândalos televisionados e, principalmente, pelo número da percepção da corrupção em que o país ocupa (76º lugar numa relação de 176 nações), revelando um índice de 40 pontos, numa escala de 0 – percebido como altamente corrupto, a 100 – percebido como altamente íntegro, aferível em relação ao setor público, relacionados pela Transparência Internacional, decrescentemente, do menos para o mais corrupto (iniciando pela Dinamarca, 90 pontos e finalizando pela Somália, 10 pontos).

O Fenômeno da corrupção aniquila o contrato social, degrada a democracia e impacta diretamente a justiça social e a igualdade entre os cidadãos.

Somos concordes no entendimento de que por mais que uma nação construa avanços científicos e, por mais que seus legisladores elaborem as melhores leis, a corrupção poderá tornar sem efeitos resultados benéficos esperados no seio da sociedade (MACAHDO, 2017).

É indiscutível o papel destinado ao Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988, que lhe forneceu poderes necessários à promoção da justiça e da igualdade social, sendo a corrupção o grande entrave na consecução destes fins. O combate ao fenômeno corrupção se revela o grande desafio a ser enfrentado.

Para além do uso das ferramentas legais tradicionais de combate à corrupção, há que se desenvolver tarefas outras de interferência no meio social, cultural, educacional e de estilo de vida, com força que possa dissuadir atos de pequena corrupção e de corrupção não convencional, impactando diretamente estas condutas, bem como, indiretamente, as condutas da grande corrupção convencional.

Portanto, propomos como tarefa a ser desenvolvida diariamente, sempre que possível e adequado, mesmo que desnecessário para o ato, nas peças e arazoados ministeriais, seja difundido o Princípio Constitucional Anticorrupção, sua autonomia, seu caráter estruturante e sua força normativa, produtora, num aspecto negativo, de combate efetivo aos atos de corrupção, e, num aspecto positivo, de valorização dos atos virtuosos, porque em conformidade com os valores constitucionais, bem como sejam difundidos os efeitos sempre prejudiciais do fenômeno da corrupção, demonstrando seus impactos nas instituições democráticas, nos valores sociais e nos direitos individuais e difusos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **BERTONCINI**, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. “Ampla transparência e controle social como meios de redução dos índices de corrupção no Brasil” in Teses do XXI Congresso Nacional do Ministério Público. Rio de Janeiro, Amperj – 2015.

COSTA, Paulo Nogueira da. *O tribunal de contas e a boa governança*. 2ª edição. Lisboa: Petrony editora – 2017.

BRASIL. Decreto 5.687 de 31.01.2006, promulga a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 22.07.2017.

BRASIL. Instituto Não Aceito Corrupção. <http://naoaceitocorruptao.org.br/2015/o-instituto/>. Acesso em 22.07.2017.

BRASIL. Ministério Público de Santa Catarina. CAMPANHA o que você tem a ver com a corrupção? Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/o-que-voce-tem-a-ver-com-a-corruptao>. Acesso em 22.07.2017.

GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris – 2011.

JÚNIOR, Amílcar Araújo Carneiro. *Princípio Anticorrupção*. Coimbra: universidade de Coimbra, trabalho parcial para doutoramento – 2015.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – incluindo a Lei anticorrupção*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin – 2014.

MACHADO, Jónatas E. M.. Princípio Anti-Corrupção: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corruptao.pdf>. Acesso em 22.07.2017.

_____. Princípio anticorrupção: palestra in Advanced Studies Program: transparência, accountability, compliance, boa governança e princípio anticorrupção. Recife: 2017. Disponível em: <http://www.fcllaw.org/advprogcorruption/>. Acesso em 22.07.2017.

Corruption perceptions index 2016. Regional analysis. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table. Acesso em 22.07.2017.

*TEMPO DE DESPERTAR - PROGRAMAS DE
RESPONSABILIZAÇÃO, RESSOCIALIZAÇÃO E
GRUPOS REFLEXIVOS DE HOMENS AUTORES
DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
CONTRA A MULHER¹*

MARIA GABRIELA PRADO MANSSUR

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

**Promotora de Justiça Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica - GEVID - MPSP, Diretora da Mulher - Associação Paulista do Ministério Público*

1. SÍNTESE DOGMÁTICA/FUNDAMENTAÇÃO

A lei Maria da Penha trouxe mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Em outras palavras, nada mais fez do que resgatar a cidadania e autonomia feminina. O objetivo da lei é prevenir toda e qualquer forma de violência contra a mulher, tendo como objeto principal a ação ou omissão baseada no gênero, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto que cause dano moral, patrimonial, psicológico, físico ou sexual às mulheres.

Com efeito, A lei trouxe uma definição para a violência doméstica em seu artigo 5º, e identificou suas formas no artigo 7º. Para a perfeita compreensão do conceito, imperioso se faz a conjugação de ambos os artigos:

“Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se considerem aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

“Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade física ou corporal;

a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação;

a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

É histórica toda a problemática envolvendo a determinação social dos papéis masculino e feminino na sociedade, em que sempre sobressaiu a ideologia patriarcal. Em consequência, a violência de gênero decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher, o que não podia mais ser aceito.

Como principal avanço da lei Maria da Penha, destacamos o seu caráter tridimensional: proteção, punição e ressocialização.

A proteção diz respeito aos direitos sociais da mulher em situação de violência, inserindo-a na rede protetiva, formada pelos equipamentos assistenciais existentes no território em que a violência foi cometida, buscando acolher essas mulheres e restabelecer o direito à liberdade, à moradia, ao trabalho, ao estudo, à saúde física e mental, numa verdadeira construção de autonomia das vítimas de violência.

A punição refere-se ao caráter penal da lei Maria da Penha, que embora não preveja em seu bojo nenhum fato típico, enumera as formas de violência e traz os mecanismos de proteção da mulher bem como a atuação eficaz e humanizada do Sis-

tema de Justiça. Nessa campo incluem-se a o papel das Delegacias de Defesa da Mulher, da Polícia Civil e Militar, das Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, do Ministério Público, da Defensoria Pública e as Medidas Protetivas de Urgência.

Por fim, temos o instituto da ressocialização do autor de violência contra a mulher, e é sobre esse último tema que iremos nos debruçar.

Cumpramos salientar, portanto, que a Lei Maria da Penha não possui cunho exclusivamente penal, mas sim cumpre um papel social importante, além de prever em seu bojo dispositivos de naturezas multidisciplinares, o que a torna a terceira lei mais moderna do mundo, segundo a ONU Mulheres, no que diz respeito à proteção dos direitos das mulheres.

www.compromissoeatitude.org.br/legislacao-sobre-violencia-contras-as-mu

2. FUNDAMENTAÇÃO:

A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, I o princípio da igualdade, e ressalta de maneira explícita que ele se dá entre homens e mulheres, inclusive nas relações familiares, conforme artigo 226, parágrafo 5º do texto constitucional. O que se nota, porém, é a predominância da ideologia que consagra a desigualdade sexual entre gêneros. Ao homem sempre coube o espaço público, enquanto que a mulher foi confinada nos limites do lar. Isso, sem dúvidas, fez nascer, inconscientemente, o pensamento submisso das mulheres, de modo a criar um mundo de dominação que se reflete nos dias de hoje, mas com menos intensidade, devido aos avanços e conquistas da sociedade.

Essas construções culturais que se criaram ao longo da história, no que tange aos papéis sociais atribuídos às pessoas conforme seu sexo, fizeram surgir um tipo de relação assimétrica entre homem e mulher, sendo que a mulher ficava sempre em posição de inferioridade. Por esse motivo, fez-se necessária a criação de dispositivos legais que salvaguardassem os direitos das mulheres, tanto para superar as diferenças objetivamente, quanto para garantir que as diferenças que decorrem do gênero e que de fato existem, não sejam traduzidas em redução de direitos.

Mas não basta a existência de previsões legais se a mentalidade da sociedade continua a mesma. É preciso mudar o modo de pensar e de agir de uma sociedade em que a violência faz parte do dia a dia do cidadão, mas por ser contra a mulher, é invisível, pois se trata de delito que parece não afrontar a segurança social, porque acontece dentro do lar. (Maria Berenice Dias, Aspectos Cíveis e Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha).

Nos dizeres de Alice Bianchini, na sua obra ‘Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero’, esse tipo de violência decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher, e advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder. Além disso, segundo a autora, a violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais. Por fim, a relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade, como classe social, raça ou etnia.

Ainda, há um receio por parte da vítima em denunciar o agressor. Trata-se de uma pessoa que vive sob o mesmo teto, com quem se tem um vínculo afetivo, filhos em comum e, em muitos casos, responsável pelo sustento da família. Como a ação do agressor não gera reação da vítima, a agressividade aumenta exponencialmente, numa verdadeira escalada da violência. Cumpramos ressaltar que, socialmente e de um modo geral, o agressor é uma pessoa agradável, não demonstrando qualquer tipo de comportamento suspeito capaz de gerar desconfiança, causando ainda mais desconforto e na vítima em denunciá-lo. Ela se sente culpada, invisível aos olhos da sociedade e ainda se sente responsável pela mudança do comportamento do agressor.

Há, também, um aspecto de relevância ímpar que deve ser abordado. Em uma casa onde a violência faz parte da rotina do casal, conseqüentemente faz parte da rotina dos filhos também. É essa a realidade que eles aprendem desde cedo, e é isso que vão levar para suas vidas, ou seja, a consciência de que a violência é um fato natural. É um processo em cadeia, que deve ser tolhido pela raiz para que não haja a propagação da violência ao longo das gerações.

Dessa forma, na busca da desconstrução de comportamentos exercidos pelos homens, construídos socialmente, que colocam as mulheres em posição de inferioridade, submissão e controle e que são o pano de fundo da violência doméstica, torna-se indispensável a implementação de políticas públicas voltadas tanto para o acolhimento e proteção das vítimas, quanto para a punição e ressocialização do autor de violência: programas reflexivos de homens que provoquem a responsabilização e conscientização da violência cometida.

Por um lado evita-se que o homem autor de violência repita seu comportamento violento; por outro, diminuem as chances de as crianças submetidas a ambientes domésticos violentos reproduzam esses comportamentos (em 64,5% dos casos de violência doméstica os filhos presenciaram a violência).

Em um estudo realizado em 2014, no Município de Taboão da Serra, na Grande São Paulo, com cerca de 1000 (mil) inquéritos policiais em curso, verificou-se que 65% (sessenta e cinco) dos casos, os autores da violência contra a mulher eram reincidentes (ainda que tecnicamente primários), ou seja, já tinham cometido violência contra a mesma vítima ou outras mulheres, sem que os respectivos processos criminais tivessem um decreto condenatório.

Verificou-se, também, no mesmo estudo, que em aproximadamente 50% dos casos, as mulheres retomaram seus relacionamentos, mesmo após a notícia do crime na Delegacia de Polícia. E mais, apurou-se que aproximadamente 90% dessas vítimas, compareceram na promotoria de justiça, na delegacia de polícia, na defensora pública, OAB, centros de referência da mulher ou no próprio cartório da Vara de Violência Doméstica, desejando a desistência do processo, ainda que, pela natureza da ação penal, necessária a continuidade da ação penal.

Instalou-se, então, uma dúvida: mesmo com vários projetos voltados para o empoderamento feminino, para o encorajamento das mulheres em romper o silêncio e a barreira do medo, da vergonha, para a conquista da autonomia financeira e psicológica, não se verificou a diminuição dos índices de violência. Necessário se faz, portanto, a busca de novas estratégias para a prevenção e enfrentamento da violência contra a mulher.

Se tem uma mulher que sofre violência doméstica pelo parceiro, companheiro, namorado, pai, padrasto ou “exs”, tem um homem que comete essa violência. Há a necessidade de ir além, um vez que vários dados demonstram que a punição isoladamente não basta nos crimes de violência contra a mulher: é preciso falar com os homens. É preciso olhar para o outro lado da violência contra a mulher.

Durante uma pesquisa realizada exclusivamente com homens pelo Instituto Avon/Data Popular e lançada em novembro de 2013, alguns dados sobre violência doméstica chamaram a atenção: 92% dos entrevistados são favoráveis à Lei Maria da Penha, porém apenas 18% declararam conhece-la bem.

Por outro lado, 68% dos homens assumiram que participariam de um programa que os ajudassem a mudar de comportamento, caso estivessem envolvidos em algum conflito no relacionamento íntimo, por conta de atitudes agressivas.

Por meio da experiência adquirida desde a criação do Núcleo de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher- Grande São Paulo II, em 2010, verificou-se a necessidade de colocar à disposição dos homens autores de violência doméstica, grupos de reflexão e discussão sobre o tema, a fim de desconstruir o aprendizado de dominação e poder sobre a mulher.

3. JUSTIFICATIVA

O programa de grupos reflexivos com homens autores de violência é reconhecido como um dos meios mais eficazes para prevenir e combater a violência doméstica, bem como para reduzir sua reincidência, sendo esta uma prática já adotada em alguns estados e países com resultados satisfatórios.

A aproximação dos agressores com profissionais especializados que compõe a rede protetiva e que atuam com o público masculino em vários aspectos da vida (masculinidade, sexualidade, trabalho, família, saúde, cultura, lazer, álcool, droga, depressão, etc.), é indispensável para informá-los sobre a desigualdade de gênero, direitos e deveres entre homens e mulheres e os papéis que ambos desempenham atualmente na sociedade.

Há também a necessidade de conscientizar os homens de que determinados atos normalizados e/ou banalizados pela sociedade caracterizam violência contra a mulher e geram consequências graves, materiais e morais tanto para eles, quanto para a vítima, para a família e toda a sociedade.

Foi pensando nesse contexto que os legisladores, ao construir o texto da Lei 11.340, ressaltaram a importância do trabalho realizado com os homens autores de violência e que sua efetivação dependeria de ações conjuntas e articuladas entre o Estado e a Sociedade Civil, conforme dispõe o inciso I do artigo 8º, art.29, inciso V, do art. 35 e art. 45, todos da Lei 11.340/06 :

“Art. 8º. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

...V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 45. O art. 152 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” (NR)

Baseado em todo o exposto e na fundamentação legal, desenvolveu-se, no Núcleo de Combate à Violência Doméstica e Familiar de Taboão da Serra, o projeto:

TEMPO DE DE DESPERTAR - PROGRAMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO, RESSOCIALIZAÇÃO E GRUPOS REFLEXIVOS DE HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. (o nome Tempo de Despertar foi escolhido em homenagem ao grande ator Robin Willians, que entrou em depressão e suicidou-se, mas em seu filmes ajudou pessoas a despertarem para uma nova vida e redescobrirem o respeito ao próximo.

4. OBJETIVO

O principal objetivo do projeto é romper o ciclo da violência e evitar a reincidência. No entanto, o projeto busca também entender o que há por trás da vida de cada participante, os dramas cotidianos e histórico familiar deles. Ao final do curso, além da desconstrução do machismo e responsabilização da violência, o projeto tem como meta uma eventual inserção dos homens no mercado de trabalho, em cursos de alfabetização, profissionalização, acompanhamento psicológico, psiquiátrico e tratamento de drogas e álcool, em parceria com todas as secretarias municipais e empresas que aderirem ao programa.

Segundo o premiado ativista norte-americano: Quentin Walcott, “Para intervir de modo eficaz na busca da interrupção dos ciclos de violência, é preciso manter as vítimas a salvo e tentar transformar o comportamento e a maneira como pensam e agem os agressores”.

A idéia é fazer que o homem autor de violência se coloque no lugar da mulher, dos filhos que presenciam a violência, dos familiares que sofrem em verem as filhas agredidas física e psicologicamente e a partir daí identifiquem onde eles podem mudar, responsabilizando-se pela violência cometida.

Participaram da primeira edição do projeto 30 (trinta) homens autores de violência contra a mulher, que estavam com inquérito policial e/ou processos criminais em andamento, pré-selecionados pela equipe técnica do Ministério Público (promotora de justiça, analista de promotoria, assistente social) e Coordenadoria dos Direitos da Mulher, (coordenadora, assistente social e psicóloga) com exceção de:

- 1) agressores que estejam com sua liberdade cerceada;
- 2) crimes sexuais;
- 3) dependentes químicos com comprometimento;
- 4) portador de transtornos psiquiátricos;
- 5) autor de crimes dolosos contra a vida

Há várias metodologias para o desenvolvimento de programas dessa natureza, mas o que mais apresentou resultado satisfatório dentre todas as pesquisas realizadas foram aqueles que uniram dois preceitos fundamentais:

- 1) obrigatoriedade de comparecimento, por meio de uma medida protetiva deferida pelo Poder Judiciário a pedido do Ministério Público), com as consequências de seu descumprimento
- 2) benefício ao autor da violência - atenuante genérica da pena no caso de condenação, caso participasse de todos os encontros programados

O programa é composto por 10 encontros quinzenais, com 3 horas de duração cada, ocasião em que são tratados diversos temas como: Evolução Histórica sobre as Conquistas e Direitos das Mulheres; Necessidade de uma Lei para defesa dos direitos das mulheres; Tipos de Violência contra as Mulheres, Ciclo da Violência, Responsabilização; Direito de Defesa do Réu; Igualdade e Respeito das Diversidades, Discussão sobre Gênero, Machismo e Masculinidade, Papel atual do homem e mulher na sociedade; Relações Familiares, Paternidade; Relações Afetivas, Sexualidade, Aspectos Emocionais (traição, ciúmes, confiança, separação); Álcool, Droga, Controle da ansiedade e impulsividade; Trabalho, Motivação, Saúde, Qualidade de Vida.

Nesses encontros, são realizadas palestras expositivas e dialogadas por convidados de notório conhecimento sobre o tema a ser abordados, seguindo-se para a formação de grupos reflexivos de conversa e debate, com acompanhamento de especialistas e equipe multidisciplinar (assistente social, psicólogas, analistas do Ministério Público e estagiários de Direito).

No prazo de 6 (seis) meses a partir do término do programa, os participantes são acompanhados pela equipe técnica, a fim de verificar se cometeram algum ato de violência contra a mulher nesse período. Da mesma forma, as vítimas também são acompanhadas pelo Ministério Público, Coordenadoria dos Direitos da Mulher e equipe técnica, para sabermos se o projeto teve um impacto positivo na vida delas e para avaliação de resultados.

Objetiva-se, por fim, como incentivo à participação dos homens no programa, a diminuição da pena no caso de eventual e futura condenação, como atenuante genérica prevista no artigo 65, do Código Penal, desde que frequentem o projeto no tempo estipulado, salvo ausência devidamente justificada.

Conforme já mencionado, estima-se que 67% dos homens autores de violência sofreram ou presenciaram violência durante a infância. Acredita-se que com o projeto Tempo de Despertar haja uma oportunidade de reflexão e de transformação desses comportamentos aprendidos ou desenvolvidos, com a conseqüente diminuição da violência contra a mulher, evitando-se a evolução dos crimes cometidos contra as mulheres, prevenindo-se assim feminicídios, a tempo de se viver em paz e harmonia, seja com suas atuais companheiras, seja em seus novos relacionamentos.

Vale ressaltar, neste aspecto, a citação do norte-americano Jackson T. Katz, em entrevista às páginas amarelas da Revista VEJA: “Precisamos questionar : o que faz com que um menino amável na infância bata na sua namorada na adolescência? Tem a ver com a genética ou a forma de como educamos as crianças?”

É um tema ainda pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência, mas que merece ser estudado com mais afinco dada o seu impacto e importância: resultados extremamente satisfatórios.

DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA:

RESSOCIALIZAÇÃO DO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Ementa. Apelação. Lesão Corporal qualificada e ameaça, prevalecendo-se das relações domésticas. Preliminar de nulidade em face de prova ilícita. Absolvição, reconhecida a legítima defesa. Alternativamente, em face do princípio da absorção, o afastamento do delito de ameaça e do sursis, porquanto situação mais gravosa

Não vislumbrada a alegada ilicitude, seja no que diz respeito à produção, à introdução do documento e à valoração das informações nele contidas pela sentença recorrida.

Não há falar em legítima defesa. Ainda que a vítima pudesse ter tomado a iniciativa, não se encontra evidenciado que o apelante repeliu com meio necessário e moderação injusta agressão da vítima.

O delito de ameaça, porquanto caracterizado por palavras e gestos, que integram o mesmo contexto fático, fica subsumido pelo delito mais gravoso. Não pode configurar delito autônomo.

Conflito de interesses resultou em solução diferenciada. Possibilidade de convivência em razão da participação do apelante em grupo reflexivo.

No âmbito das relações domésticas, embora ao casal tenha se reconciliado, o delito de lesão corporal dolosa é processado mediante ação penal pública, incompatível com o perdão da ofendida.

Afastado o sursis, por motivo diverso, tendo em vista a participação no programa de reeducação familiar.

A alegação de que prejudicial o sursis não se sustenta porquanto, direito do acusado, pode ser recusado, na esfera da execução de pena.

Autos de Apelação no 0089079-20.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.12a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento parcial ao apelo de Wagner Dias para, absorvido o crime de ameaça pelas lesões corporais dolosas, remanescer a pena de três meses de detenção, em regime inicial aberto, afastada a suspensão condicional da pena em razão da participação no programa de reeducação familiar.

Des. Angélica de Almeida
relatora

EMENTA: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Art. 129 § 9º do CP - Narra a denúncia que “no dia 24/10/2010, o recorrente, livre e conscientemente, com dolo de ferir, ofendeu a integridade corporal de sua namorada, agredindo-a com socos e chutes na costela e mordida em dedo da mão”. Magistrado, diante da retratação da vítima e da ausência de condição de procedibilidade em relação ao delito de lesão corporal, revogou a decisão que recebeu a denúncia e declarou extinta a punibilidade do suposto autor do fato. RECURSO MINISTERIAL. Com razão o MP: O STJ vem entendendo, na esteira do que decidiu o STF no julgamento da ADIn n. 4.424/DF, e em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, afastando a incidência da Lei 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, contra a mulher, independentemente da pena prevista e que o crime de lesão corporal, mesmo que leve ou culposa, praticado contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada. O STF, quando do julgamento da referida ADI, modificou o seu entendimento majoritário, reconhecendo a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher em que a extensão (art. 129, § 9º, do CP). Cabe ressaltar que a decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento, ou seja, em 16/02/2012, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão. Como a decisão ora impugnada foi proferida em audiência realizada em 06/06/2012, ou seja, posteriormente à publicação da ADI acima referida, já incidentes os seus efeitos. Diante de tal, restou estabelecida a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, doloso ou culposo, praticado mediante violência e familiar contra a mulher, concluindo-se pela inaplicabilidade, na espécie, do art. 16, da Lei n.º 11.340/06. PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL PARA REFORMAR A DECISÃO QUE JULGOU EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ORA RECORRIDO, DETERMINANDO O PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. 0057913-18.2012.8.19.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA - Julgamento: 08/01/2013 - QUARTA CAMARA CRIMINAL)”

É VOTO...Desse modo, mostra-se impossível a substituição pretendida, pois ausentes os requisitos legais insertos nos artigos 44, inciso I, do Código Penal.

Melhor sorte não assiste à Defesa quanto ao afastamento do réu da participação em grupo reflexivo, alegando a natureza jurídica de pena restritiva de direitos.

Deve-se ressaltar que suspensa a pena na forma do art. 77 do C. Penal, o acusado também se sujeitará a cumprir outras condições estabelecidas pelo magistrado, aplicando o disposto no art. 78, § 2º da mesma lei.

O art. 79 do C. Penal dispõe sobre as condições diversas das assinaladas no dispositivo acima:

“

.....

.....

Desta forma, desde que adequadas ao fato em questão e à situação pessoal do réu, poderá também o Juiz obrigar a sua participação em grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica, a despeito de tratar-se de pena restritiva de direitos.

Ademais, o art. 152 da LEP prevê que em caso de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher o agressor participará obrigatoriamente de programas de recuperação e educação.

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condendo. (Redação dada pela Lei no 7.209, de 11.7.1984)". Quarta Câmara Criminal Apelação Criminal no 0344070-07.2012.8.19.0001 FLS.9

Pelo exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do Rio de Janeiro, 10 de março de 2015.

Desembargador ROBERTO TÁVORA Relator

Apelação: Autos n. 0057991-95.2011.8.26.0050

Comarca: São Paulo Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 4874

VOTO:

A vítima descreveu que namorou por 05 (cinco) com o acusado. No dia dos fatos, buscou-o no trabalho e no caminho para sua casa, veio discutindo porque desejava terminar o relacionamento, mas ele não queria. Pegou o celular dele para ligar para a mãe do acusado, mas acabou jogando-o no chão e seguiu seu caminho. O acusado recuperou o telefone e a seguiu, desferindo um soco em seu rosto. Esclareceu que durante os 05 (cinco) anos de relacionamento sofreu algumas ameaças, bem como o motivo do término se deu em razão do possessivo ciúme dele (fls. 06/07, 53/54 e 92).

O acusado admitiu os fatos em juízo, afirmando que ficou de “cabeça quente” e agrediu sua ex-namorada. Disse que frequentou um grupo reflexivo para homens autores de violência e se sente arrependido pelo ocorrido (fl. 97). Pois bem.

Analisando o conjunto probatório produzido nos autos, reputo suficientemente amparada a autoria delitiva. Isso, pois os relatos do réu e da vítima, bem com o laudo de exame de corpo de delito, são coesos e harmônicos quanto aos fatos narrados na denúncia, formando um conjunto probatório sólido, suficiente à condenação.

A frequência do acusado a palestras de reflexão sobre violência doméstica, bem como o arrependimento, não tem o condão de ilidir a condenação, servindo apenas de circunstância favorável no art. 59, do Código Penal.

Assim, suficientemente demonstrada a autoria delitiva e a materialidade, e estando fixada a pena no mínimo legal, com a aplicação do sursis nas condições do art. 78, §2o, alínea “c”, deve-se manter intocada a r. sentença.

Diante do exposto, pelo meu voto, NEGOU PROVIMENTO ao apelo.

Amable Lopez Soto relator

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Há a necessidade de monitorar o comportamento dos autores de violência doméstica participantes durante o desenvolvimento do projeto e nos 6 (seis) meses após o seu término, para avaliar a diminuição da reincidência em crimes de violência doméstica e cumprimento da decisão judicial. Esse monitoramento pode se dar por meio da consulta à folha de antecedentes criminais quinzenalmente (antes de cada encontro) e mensalmente após o término do projeto, por 6 (seis) meses; acompanhamento da equipe técnica e, quando o caso, do monitoramento por meio de projetos como Guardiã Maria da Penha e Patrulha da Penha, executados pela Guarda Civil Metropolitana e Polícia Militar, respectivamente.

O presente projeto foi fundamento da Lei Municipal n. 2229/15, que torna obrigatório o programa de ressocialização do agressor no município de Taboão da Serra; do Projeto de Lei Tempo de Despertar, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e da Câmara Municipal de São Paulo, do Projeto de lei de ressocialização do agressor, do Senado Federal. Além disso, serviu como modelo para a implementação do programa em outras regiões da Capital, outros municípios e outros Estados.

5. CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, é certo que a lei Maria da Penha foi além ao prever a possibilidade de ressocialização do agressor de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nas três experiências desenvolvidas no Núcleo de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em Taboão da Serra, nos anos de 2014, 2015 e 2016, e em 2017, no Grupo de Atuação Especial de Violência Doméstica do Ministério Público de SP - Região Leste 1, o resultado foi extremamente positivo, observando-se uma queda da reincidência de 65% para 2%.

Comparando os dados da primeira edição do projeto (participantes possuíam entre 18 e 63 anos de idade; 90% estão inseridos no mercado de trabalho com renda mensal de aproximadamente R\$2000,00; 80% assumiram fazer uso de álcool e/ou droga e 50% dos envolvidos já vivenciaram ou presenciaram alguma situação de violência doméstica durante a infância), com o da segunda edição (participantes possuíam entre 23 A 58 ANOS, 76% estavam inseridos no mercado de trabalho com renda de R\$1.300,00 a R\$5.000,00, 60% cometeram a violência sob efeito de álcool e droga e 90% já vivenciaram ou presenciaram alguma situação de violência doméstica durante a infância), um aspecto se repete: a justificativa da violência.

Alegações do tipo: violento por estar desempregado ou com problema no trabalho; ciúmes/comportamento controlador/ não admitem a liberdade da mulher (trabalhar, chegar tarde em casa, sair com amigas, se comunicar/postar fotos em redes sociais, usar roupas curtas, justas e decotadas e maquiagem exagerada), são comuns em todas as falas da defesa dos homens, o que demonstra ainda mais a necessidade de uma verdadeira mudança de comportamento daquele que pratica o crime, em benefício das próprias mulheres e das próximas gerações.

É importante frisar que durante o desenvolvimento programa, é possível ver os dois lados da violência contra a mulher: o sofrimento e a culpabilização das mulheres; e do outro, e a resistência dos homens em admitir que cometeram um crime

Porém, esse comportamento dos participantes e tentativas de justificção de suas condutas foram se modificando no decorrer dos grupos reflexivos, podendo se observar o início da tão almejada transformação comportamental:

“Esse projeto abriu minha mente. Eu ainda amo minha ex-mulher, mas sei que tenho que respeitar a decisão dela.”
E.S.A – 29 ANOS – METALÚRGICO

“Eu erreí. Estou consciente” C.G.R.- 34 ANOS- AJUDANTE GERAL

“Esse negócio de agressão não leva a lugar nenhum” H.S. -27 ANOS – AJUDANTE GERAL

“Não é vergonha chorar e se abrir pra mostrar que você é homem.” R.O.G – 55ANOS- EMPRESÁRIO

“Hoje meus filhos me abraçam por causa do projeto eu estou feliz por isso” J.R.L – 55ANOS – PEDREIRO

“Uma semente foi lançada num campo fértil” H.F.S- 39 ANOS- OPERADOR DE MÁQUINAS

“Chegamos todos com o pé atrás, querendo se defender de algo. Foi um alerta para acordar.” J.J.C.S – 23ANOS – AUXILIAR DE PRODUÇÃO

“Foi um orgulho de ter participado. Toda semana ficava ansioso para ir para o curso e aprender ainda mais.” I.A.S. – 31 ANOS FISIOTERAPEUTA

“Eu vi meu pai batendo na minha mãe a vida inteira. Nesse curso, vi que isso não é normal. Aprendi que não se deve bater em mulher” C.V.O – 31 ANOS – EMPRESÁRIO(DONO DE RESTAURANTE)

“Sou alcoólatra e somente percebi isso nesse curso. O alcoolismo me levava à violência. Agora quero me tratar para não ser mais violento. Já estou há dois meses sem beber” – R. 35 anos - costureiro

“A mulher que está apanhando pode ser sua irmã, sua filha ou sua mãe. Não bate em mulher” – comerciante – C. 31 anos

“Serei multiplicador desse projeto. Já estou falando sobre ele na empresa em que trabalho, para meus colegas abrirem a mente” – autônomo – 45 anos

“Nunca tive problema com a Justiça. Chorei quando recebi a intimação, não sabia o que estava fazendo”. – J. 25 anos – comerciante.

“Todo dia do curso era uma martelada na minha cabeça, tudo servia pra mim”. – R. 48 – serviços gerais

“Minha irmã sofre violência e eu pensava muito nela durante as aulas do projeto, em cada coisa que escutava”. - P. 30 anos - enfermeiro

“Eu não fui capaz de manter minha família e isso me fez refletir” A. 60 anos - autônomo

“A visão que eu tenho da mulher hoje é diferente, eu sei que eu errei. Eu mudei minha visão sobre as mulheres” - J. 45 anos - comerciante

“Eu mudei muito, até o jeito de tratar meus filhos hoje é diferente” - F. 38 anos- garçom

“Minha mulher disse que iria tirar a queixa pra eu não ter que vir mais, ai eu disse a ela pra deixar que eu queria continuar” - L. 25 anos - motoboy

“Esse curso não pode parar por aqui. Temos que levar pra outras pessoas. É nossa obrigação.” S. 32 anos - empresário

“Quando você está na situação, não vê a gravidade. Estou chocado! Ouvindo a senhora falar, está passando um filme na minha cabeça.” C. 48 - executivo

Como não acreditar que esse caminho leva à mudança? É possível afirmar, sem sombras e dúvidas, que trabalhos que envolvem a ressocialização do autor de violência contra a mulher, previnem feminicídios, já que na maioria dos casos, a morte violenta de mulheres é resultado da evolução de violência moral, psicológica e física. Ademais, com esses programas há a possibilidade de acompanhar tanto os autores de violência como as vítimas, atendendo ao que preleciona a Lei Maria da Penha: Acolhimento e Proteção da Vítima, bem como Punição e Ressocialização do Agressor.

Por fim, destaca-se que o projeto Tempo de Despertar tornou-se um fator de transformação cultural e uma garantia penal, que deve ser observada nos crimes contra a mulher, não só para romper o ciclo da violência, como também para prevenir novos crimes e inserir as vítimas na rede protetiva dos direitos das mulheres.

Como disse o respeitável jurista italiano Luigi Ferrajoli, autor da Teoria do Garantismo Penal, durante o curso Diritto Penale e Violenta Domestica, em Roma, outubro/2016: “o Direito Penal não é onipotente e nem uma varinha de cristal”.

É PRECISO buscar alternativas para a prevenção da violência contra a mulher e essa é uma delas. Agora faz-se necessário impactar o maior numero de pessoas possível com projetos dessa natureza por profissionais que atuam na prevenção e enfrentamento da violência doméstica, para que sejam replicados. É preciso ir além, todos os dias. Sempre é Tempo de Despertar.

ADITIVO:

Aprovação do Projeto ‘Tempo de despertar – programas de responsabilização, ressocialização e grupos reflexivos de homens autores de violência doméstica e familiar contra a mulher’ como modelo institucional a ser replicado nas unidades do Ministério Público brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fabrício de Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos Constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. De Jure, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p. 271-286, jan-jun. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A violência doméstica e familiar contra mulher e o processo civil, Revista de processo, n. 168, ano 34, fev 2009.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Aspectos Cíveis e Processuais Cíveis da Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18__aspectos_civis_e_processuais_civis_da_lei_11.340-06.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

MISAKA, Marcelo Yukio. Violência doméstica e familiar contra a mulher: em busca do seu conceito. Juris Plenum. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, n. 13, p. 83-87, Caxias do Sul, jan. 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Dos Limites Processuais e Penais à Lei Maria da Penha, Revista de Ciências Jurídicas - UEM, v. 7, n.1, jan-jun 2009.

<http://centralmulheres.com.br/data/avon/Pesquisa-Avon-Datapopular-2013.pdf>

Eva feminismose masculinidades

novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher - Eva Blay

AFonso, M. L. M. (org.). oficinas em dinâmica de grupo na área da saúde. 2a ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

BENNETT, L.B.; WILLIAMS, o. J. A review of research on batterers treatment. In R. Kennedy-Bergen, & J. Edleson (Eds.), Overview of Domestic Violence. Thousand oaks, CA: Sage Publications, 2001.

BRONFENBRENNER, u. The Ecology of Human Development: Experiments by Nature and Design. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979.

VALE DE ALMEIDA, m. Senhores de si: uma interpretação antropológica da masculinidade. Lisboa: Fim de Século, 1995.

ACOSTA, F.; BARKEER, G. Homens, violência de gênero e saúde sexual e reprodutiva: um estudo no rio de Janeiro/Brasil (relatório de pesquisa). rio de Janeiro: Instituto noos; Instituto Promundo, 2003.

ACOSTA, F.; SOARES, B. m. Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: proposta para elaboração de parâmetros técnicos. rio de Janeiro: Iser/Depen/mJ, 2011.

ACOSTA, F. et al. Conversas homem a homem: grupo reflexivo de gênero (metodologia). rio de Janeiro: Instituto noos, 2004.

*SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NOS
CONSELHOS DA COMUNIDADE¹*

PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO ²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais; ex-Assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; ex-conselheiro do Conselho de Criminologia e Política Criminal Estado de Minas Gerais; ex-professor de Direito Administrativo na Universidade Estadual de Minas Gerais (*campus* de Passos-MG); ex-professor de Direito Penal e de Direito Penal Militar no Curso de Habilitação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais; aluno do módulo avançado da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais (SP).

PROLEGÔMENOS

A positivação das disciplinas do Direito não transmuda a coesão racional do ordenamento jurídico. É que, embora complexo, ele se arranja mediante regime de sistema, cujas disposições operam de forma coordenada, necessariamente livres de lacunas e de antinomias³.

Descende diretamente do Direito Constitucional, entre outros, o Direito Processual Penal⁴, que, por seu turno, é o continente da Execução Penal.⁵

“O processo penal é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal” – professa, *ex cathedra*, Edilson Mougenot Bonfim⁶.

Em termos esquemáticos, a organicidade do processo penal distende-se – abstraídos os casos absolutórios – em dois planos não hierarquizados: no primeiro, assentam-se os níveis cognitivo e cautelar (esse último, acessório e prestadio àquele) e, no segundo, mais elevado (porquanto alçado à categoria de “patamar-escopo”), comparece, finalmente (inclusive em acepção teleológica), a fase de execução⁷.

Diz-se assim porque – sublinhe-se – precisamente nesta etapa específica do processo, o *jus perseguendi* e o *jus puniendi* fundem-se de maneira substancial, evidenciando, em nível apodítico, a integridade essencial de toda a normatividade penal.

Em suma, o problema da execução da pena remete ao do processo que, de sua vez, conecta-se e se traduz a partir da temática referente à jurisdição, a qual, por seu turno, é elementar ao arcabouço do Estado Constitucional.

Na defesa de suas bandeiras axiológicas mais flamejantes, este mesmo Estado – com efeito –, engendrou o Ministério Público e confiou à Instituição funções que eficazmente capacitam-na à salvaguarda daqueles valores que são tanto irrenunciáveis à autenticidade conceitual quanto medulares à viabilidade pragmática dele próprio, Estado Democrático de Direito.

MINISTÉRIO PÚBLICO: VISÃO CONSTITUCIONAL

Desde a perspectiva constitucional, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, *caput*, primeira parte, CR)⁸. Decorre daí que o Ministério Público é imprescindível à instrumentalização do devido processo (art. 5.º, LIV, CR): o substancial comparecimento do *Parquet* durante todo o curso processual – *i.e.*, na cognição e na execução – consiste, pois, garantia inafastável.

No entanto, para que se revele autenticamente e se justifique no exercício legítimo daquilo que lhe desponta o cerne irreduzível, o Ministério Público está, desde a matriz constitucional, indissociavelmente comprometido com os fundamentos e com os objetivos da República.

A *Lex Legum*, com efeito, determina-lhe esta obrigação, ao estabelecer que à Instituição incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, segunda parte, CR). Segundo exegese sistemática que se extrai de todo o *corpus juris* esculpido na *Magna Charta*, o *Parquet* se erige a partir de profundo alicerce calcado na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CR) e – pautado pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, CR) –, empenha-se na construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, bem como na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, I e IV, CR).

3 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ed. Apresent.: Tércio Ferraz Júnior. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995; pp. 71/114.

4 Não custa sublinhar que o Direito Processual Penal é apenas um dos tópicos constitutivos da chamada “Enciclopédia das Ciências Penais”; ela, segundo ASÚA, é integrada, em sua globalidade, pelos seguintes capítulos: a) Filosofia e História, que abrangem a Filosofia do Direito Penal, a História do Direito Penal e a Legislação Penal Comparada; b) as Ciências principalmente causais-explicativas (ou Criminologia), que compreendem a Antropologia e a Biologia Criminal, a Psicologia Criminal (incluindo a Psicanálise Criminal), a Sociologia Criminal e a Penologia; c) as Ciências jurídico-repressivas, que englobam o Direito Penal (Dogmática Penal), o Direito Processual Penal, o Direito Penitenciário e a Política Criminal; d) as Ciências de Pesquisa, nas quais figuram a Criminológica e os estudos pertinentes à Polícia Judicial científica; e) as Ciências Auxiliares, que agregam a Estatística Criminal, a Medicina Legal e a Psiquiatria Forense (ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 5. ed., actual. Buenos Aires: Editorial Losada, s/d; pp. 87 *usque* 93).

5 Cf. art. 5.º, incs. XXXIX *usque* LXVIII, CR, entre os quais figuram diversas garantias referentes ao processo penal e à temática pertinente à execução das penas de natureza criminal.

6 Cf. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006; p. 6. Em arremate ao mesmo magistério, conclui o erudito professor: “O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (*i.e.*: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e conseqüente punição dos culpados” (p. 7).

7 “Se a sanção penal tem sempre uma razão e um escopo de defesa social, quer mediante a *prevenção geral* (ameaça da pena por parte da lei a todos os cidadãos), quer mediante a *prevenção especial* (aplicação de tal ameaça ao cidadão que tiver violado a lei), é evidente que a eficácia prática de semelhante defesa vai aumentando da lei à sentença e desta à sua execução efetiva” (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad.: de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996; p. 339).

8 Abreviaturas: “art.(s)”: artigo(s); “CP”: Código Penal; “CPP”: Código de Processo Penal; “CR”: Constituição da República; “LC”: Lei Complementar; “LEP”: Lei de Execuções Penais; “p.”: página; “P.U.”: Parágrafo Único.

Como consectário lógico (e conforme expressa determinação constitucional), são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, promover⁹, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, providenciando as medidas necessárias à sua garantia, além do exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, incs. I, II e IX, CR).

Daí porque a plena operacionalidade da eficiência estatal (art. 37, *caput*, CR) – proveniente da atuação dos entes de direito público ou do desempenho de serviços de relevância pública, executados por particulares que lhe sejam delegados – é cláusula que também vincula a atuação do Ministério Público (não só como agente, mas também sob o influxo da atuação fiscalizadora), na medida em que a concretude dela, estimulada pela Instituição, catalisa todo o conteúdo objetivo decorrente de direitos como liberdade e segurança (art. 5.º, *caput*, CR).

A atuação do Ministério Público, pois, quer do prisma institucional, quer mesmo do ponto de vista de cada um dos seus membros, deve sempre primar pela consecução de tais escopos, em leal retorno aos compromissos afeiçoados com a própria nação, por intermédio do legislador constituinte originário.

Afinal, como irretocavelmente glosado pelo jurista e poeta, “a meta é a fonte”¹⁰.

3. SOBRE A CAPITAL RELEVÂNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA DE NATUREZA CRIMINAL

Sobressai, na execução penal, a interrelação material e instrumental (ou a harmonização substantiva e adjetiva) havida entre Direito Penal e Direito Processual Penal, até mesmo porque eles se conectam por zonas de confluência regulatórias (consubstanciadas tanto por normas híbridas quanto por outras ditas heterotópicas¹¹).

Neste sentido, cumpre ressaltar que a Justiça ínsita à proporcionalidade inspirou o Texto Magno e nele, então, foram estampadas as cláusulas pétreas referentes à necessidade da individualização da pena; a CR, de sua vez, iluminou CP, que tratou genericamente da “Progressão de Regime” (art. 33, § 2.º), do “Trabalho do Preso” (arts. 34 e §§, 35 e §§, 36, § 1.º e 39), “Regras do Regime Aberto” (art. 36 e §§) e do “Livramento Condicional” (arts. 83 *usque* 90). Tais institutos foram instrumentalizados – *i.e.*, ganharam operacionalidade concreta – ao se entrelaçarem vivamente com o Código de Processo Penal (*vide*, no “CPP”, “Livramento Condicional” – arts. 710 *usque* 733) e com a própria LEP (art. 112 – “Progressão de Regime”; arts. 113 *usque* 117 – “Regras do Regime Aberto”; arts. 28 *usque* 37, 39, V e VIII, 41, II e V, 44, *caput*, 55, 83, II, bem como arts. 126 *usque* 130 – referentes à temática do “Trabalho do Condenado” e à “Remição”; e, ainda, arts. 131 *usque* 146 – “Livramento Condicional). Ademais, temas relativos à extinção da punibilidade (*v.g.*, anistia, graça e indulto – total ou parcial, *i.e.*, comutação da pena) foram tratados em todos os Diplomas Legais ora invocados (art. 5.º, LXIII e art. 84, II, CR; art. 107, II, CP; arts. 734 *usque* 742 CPP; arts. 187 *usque* 193 LEP), sem olvido da edição de decretos ânuos destinados à regulamentação do tema.

Afora isso, o próprio teor do art. 1.º LEP, objetivando imprimir efetividade à lei penal – prevista hipoteticamente pelo legislador e aplicada concretamente, ao cabo do processo penal de cognição, pelo magistrado –, faz referência expressa à inafastabilidade do cumprimento das disposições da sentença penal condenatória. Tal título judicial, de sua vez, é disciplinado, no que tange a sua forma, pelo art. 387 CPP e, naquilo que diz respeito ao seu precípuo conteúdo de perceptibilidade social,

9 Ninguém pode promover o que quer que seja se não se envolver efetivamente com esse mesmo algo. Portanto, se os institutos jurídicos da “ação”, da “jurisdição” e do “processo” compõem uma trilogia amalgamada de modo indecomponível, claro está que o Ministério Público deve intervir ativamente, inclusive, na fase da execução penal, integrando-se substancialmente aos órgãos escalados pela lei à concretude desta mesma etapa processual.

10 Em inolvidável página de elevadíssimo quilate, Carlos Ayres Britto (ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal) “poetiza cientificamente” em relação à missão do Poder Judiciário e dos Juízes de Direito, por meio de escólio que igualmente se aplica, *mutatis mutandis*, ao Ministério Público e aos seus membros: “Melhor motivação de trabalho para o Poder Judiciário, inconcebível! Estou a dizer: melhor inspiração não pode haver para que os magistrados se postem diante do Texto Magno com toda reverência, entusiasmo e gratidão. Até porque a legitimação deles como agentes estatais de primeiro escalão advém desse mister de guardar um Diploma que surgiu por efeito de uma originária e permanente vontade normativa da nação. Diferente da legitimidade que tipifica os outros dois Poderes, já resultante de uma quadrienal escolha eleitoral do povo. E já vimos que a nação é mais do que o povo *aqui e agora*, por encarnar uma instância atemporal de poder. A instância em cujas mãos invisíveis é manejada a também invisível agulha com que se costura a unidade do passado, do presente e do futuro de um povo. Exatamente por se colocar a serviço da vontade permanente da nação, depositada no corpo normativo da Constituição originária, é que a chamada atuação *contramajoritária* do Poder Judiciário em nada ofende a pureza do protoprincípio da Separação dos Poderes. Como não agride o sumo princípio da Democracia, pois, a majoritariedade que é inerente a ela, Democracia, tem a precedê-la uma outra e mais alta majoritariedade: a que provém das decisões tomadas pela nação que se reúne em Assembleia Constituinte. Por isso que importa a *soberania de que trata a Constituição*, de uma parte, e, de outra, a *soberania que trata da própria Constituição* (elaborando-a de modo temporalmente inicial, processualmente incondicionado e materialmente ilimitado). Esta, titularizada unicamente pela nação. Aquela, dividida entre o Estado e o povo que lhe serve de âmbito pessoal de incidência das respectivas leis. Mas é claro que tal legitimidade judiciária será tanto mais autêntica quanto sustentada no poder-dever de reconhecer à Constituição o seu caráter dirigente. Para que a governabilidade legislativa e executiva seja tão-só a que verdadeiramente conta: a governabilidade constitucional. Não outra. Esse o desafio do Poder Judiciário brasileiro: entender que *a meta é a fonte*” (BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. 1.ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012; pp. 112-3).

11 Cf. BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 26.

pelo art. 59 CP. Essa mesma norma substantiva determina a imposição da pena justa, aquela que seja apta, em quantidade e qualidade, à reprovação (senso repressivo) e prevenção (senso inibitório) do crime; sob essa última perspectiva, fecha-se o ciclo (com retorno à norma de entrada da LEP), porquanto a prevenção criminológica, pelo flanco de seu utilitarismo específico, deve proporcionar meios e condições de promover a harmônica integração social do condenado¹². Em contubérnio inquebrantável, CP e LEP prestam-se, em síntese, a punir e a resgatar.

Seja como for e para mais além desse plexo normativo, soa inegável que o caráter heterônomo¹³ do Direito é sobretudo prenhe de significação sensível no âmbito do Direito Penal¹⁴. É que no raio de máxima coercitividade normativa – ínsito a tal ramo do Direito – está, justamente, a ameaça de imposição da pena de natureza criminal.

Forçoso convir, pois, como desdobramento natural desta ordem de ideias: se a mera promessa de aplicação da pena já é, *de per se*, um dado cultural sério, então, por óbvio, a sua efetiva experiência representa um fato social muito mais grave ainda. Mais do que uma formal advertência de cunho refrecedor ao impulso delinquentes¹⁵, a pena, enquanto realidade corpórea, não se limita a figurar como mera consequência jurídica decorrente da prática do crime: a vivência humana que dela emerge corresponde, verdadeiramente e a um só tempo, a um pungente trecho da vida individual e a um vigoroso fragmento da inter-subjetividade coletiva.

Todavia, o certo é que tanto a pena prevista no Código como aquela mesma já constante na sentença condenatória transitada em julgado ainda são, a rigor, palavras entintadas sobre folhas de papel.

Não que sejam, ambas (ou quaisquer delas), desimportantes; não que descumpram desde aí os seus desideratos típicos; não que sejam portadoras de qualquer menos-valia para cada um dos momentos de ordenação social que visam regular; ocorre – isso sim – que nelas não há, até o momento correspondente ao plasmar de cada qual, a operacionalidade dos efeitos concretos decorrentes da restrição do *status libertatis* de um homem feito de carne, osso e espírito e que, agora, está completa e rigorosamente segregado de seu próprio meio comunitário. Uma coisa é a leveza do papel (mesmo que timbrado com selo oficial), outra coisa, bem distinta, é o peso das muralhas que se elevam maciças abaixo de *offendiculae* intransponíveis: a batida da caneta que apõe, *de jure*, o ponto final na decisão subscrita pelo juiz não ressoa com a mesma intensidade advindas do choque das grades que, pela ação do carcereiro, promove, de fato, a cisão comunitária do *individuum* com os seus pares.

“A pena está na sua execução” – asseverava Giuseppe Bettiol¹⁶.

Por meio da concretude da sanção criminal – e desde o prisma de seu significado simbólico, inclusive – a potestade imperativa do Direito exterioriza-se com toda a soberania e robustez de sua carga compulsória: a pena em execução realiza o seu intrínseco sentido intimidante e revela a sua própria acepção penitente.

É nesse contexto que o princípio da individualização da pena exaure-se no fulgor de sua própria tangibilidade.¹⁷

Tanto isso é verdade que a modulação qualitativa e quantitativa da reprimenda congruente ao combate de determinado delito incumbe-se por refletir a própria validade da noção de justiça. Urge, porém, que “retidão” e “legitimidade” reluzam – também e sobretudo – no campo processual executório, não bastando que figurem confinadas na ambiência especulativa e indivisa do sistema penal.

Com efeito, a sanção criminal sentida materialmente pelo indivíduo e por igual modo percebida pela sociedade¹⁸ deve ser equânime, isonômica e proba, uma vez que nela se cristaliza o processo de individualização da pena; tal resultante reporta,

12 Na fase de execução penal, o direito adjetivo, depois de uma longa volta, torna “à” (mas não se torna “a”, embora a confirme e a justifique) sua própria matriz substantiva, vivificando-a: no encontro da experiência concreta com a sua previsão hipotética, a pena revela que a unidade ontológica do Direito é uma realidade em prol da vida.

13 Vide, a respeito, REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1977; pp. 48-9.

14 A respeito do qual não se pode jamais olvidar: “[...] *la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social*. [...] *Al proibir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica*. [...] *En consecuencia: la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares*” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán – Parte General*. 11.ed. Trad.: Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; 1970; pp. 11, 13 e 15, sem omissões no original).

15 “Ao estímulo do crime, o contra-estímulo da pena” (VERGARA, Pedro. *Dos Motivos Determinantes no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980; p. 58)

16 E, contundentemente, prosseguia o autor: “De nada vale atribuir à pena determinada tarefa ou concebê-la de particular modo se, depois, no momento da execução, se realizar, em seu prejuízo, verdadeira traição (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. III. Trad. e notas: Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976; p. 174).

17 “*Aun cuando la pena se haya comenzado, pues, a individualizar en el proceso de cognición, en el proceso de expiación queda todavía mucho por hacer sobre este tema*” (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del Proceso Penal*. Trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971; p. 344).

18 “Não punir quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: a sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre o crime e a pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a Justiça existe apenas como farsa” (DIP, Ricardo e MORAES JR., Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002; p. 19)

ipso facto, à questão da proporcionalidade¹⁹ e, sob o pálio de tal valor, tanto a “proibição do excesso” quanto a “vedação da proteção insuficiente” são desdobramentos principiológicos indeclináveis. A injustiça em matéria de execução penal talvez seja a suprema das injustiças: tanto ao se enrijecer para mais, quanto, igualmente, ao se afrouxar para menos²⁰.

Decididamente não é razoável que, em face da mera sorte, indivíduos que cometeram crimes idênticos venham a enfrentar – ainda que a eles sejam idealmente impostas, em quantidade e qualidade, penas também idênticas – punições tão díspares, em situações reveladoras de condições e circunstâncias enormemente desiguais.

De mais a mais, a pena, em que pese seu conceito ser, de acordo com Tobias Barreto, eminentemente político²¹, não pode representar o mito que não se realiza e nem deixar transparecer que o seu mundo é apenas o das abstrações: a certeza de sua aplicação – desde as luzes emanadas, no séc. XVIII, da imortal pena do Marquês de Beccaria²² – corporifica um dos seus pilares essenciais.

Ocorre que pena executada a esmo, não atende, de forma autêntica, ao seu irrenunciável pressuposto de precisão e nem válida, de modo fidedigno, o seu próprio conteúdo objetivo-afirmativo. Assim, o cumprimento insatisfatório da pena prevista na lei e aplicada pelo juiz é causa, pois, de perplexidade geral; é motivo não somente de insegurança jurídica mas redundante, além de tudo, em sentimento social de insegurança.

A pena deve, portanto, para a preservação de sua própria seriedade, ser adimplida com exatidão²³.

Fora disso, é o Estado fazendo troça de si próprio, zombando da confiança da sociedade, vilipendiando novamente o decoro cívico da vítima, tripudiando os direitos do condenado²⁴. Expectativa penal legitimamente devida e que não materializa não passa de “faz-de-conta”: subverte a clave dos valores morais, trai a missão de edificação ética individual e coletiva com a qual a ordem jurídica se compromete, prodigaliza todos os custos econômicos envolvidos na manutenção das instituições forenses, ridiculariza o *streptus iudicii*, desengana a instrumentalidade do processo, desarticula a noção de deveres e de direitos, frustra a democracia, implode a justiça cidadã, estilhaça a dignidade da pessoa humana, desrespeita a própria vida.

A execução da pena ocupa, portanto, o *punctum saliens* de todo o aparelhamento jurídico destinado à regulação do problema criminal²⁵: para ela confluem e nela se articulam tanto as regras de natureza substantiva quanto as de natureza processual destinadas ao enfrentamento do tema²⁶.

19 A respeito do “superprincípio” da proporcionalidade e sobre as suas vertentes hermenêuticas – “proibição do excesso” (*Übermassverbot*) e “vedação da proteção insuficiente” (*Untermassverbot*) – vide BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso... Op. cit.*, pp. 60 *usque* 66. De nossa parte, consideramos que a garantia constitucional da individualização da pena é composta pelo superprincípio da proporcionalidade (dado objetivo) e o fundamento da dignidade da pessoa humana (dado subjetivo). Em matéria de execução penal, a potência imanente a tal garantia se impõe num verdadeiro crescendo, sensível desde a órbita normativa-abstrata até o âmbito fenomênico-material. A feição dela, aliás, remete à figura de Janus, uma vez que a individualização da pena deve dispensar mirada dúplici ao problema que visa equacionar: simultânea e permanentemente, há de considerar tanto o homem criminoso (o ser individual que é sujeito dos objetivos e dos efeitos concretos da pena) quanto o delito que esse último cometeu (afinal, o “crime” é, a um só tempo, o motivo direto e o parâmetro relacional de ordem objetivo-cultural próprios da pena). A propósito, a personagem mitológica retro mencionada está associada às portas de entrada e de saída (e essas são também fulguram no processo de execução penal, sendo os seus ícones excelsos), bem como às mudanças e transições (situações que igualmente se verificam no curso de efetividade do mesmo processo); a sua face bifronte simboliza tanto o passado (que reverbera em razão do crime cometido, no caso), como exprime ainda o futuro (que representa o homem renovado e que não mais cometerá delitos, conforme se espera). Por fim, a metáfora se completa na exata medida em que Janus é o deus dos inícios, das decisões e das escolhas (imprescindíveis à própria atividade da Justiça).

20 Assevera, em elogio ao constante acerto de sua doutrina, Edilson Mougenot Bonfim: “Por outro lado, na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omissivo, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento de tais deveres, por meio de sua morosidade, ineficiência e omissão (BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal: Parte Geral* / Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez. São Paulo: Saraiva, 1994; p. 129).

21 Para mais além desse ponto de vista, calha assinalar que o insigne jus-filósofo sergipano ainda crava, com sua pena singularíssima: “O direito é o fio vermelho e a moral o fio de ouro que atravessam todo o tecido social das relações sociais. [...] A célebre questão do direito de punir foi suscitada *in abstracto*, sem distinguir e apreciar a natureza dos fatos puníveis, que não têm todos o mesmo caráter. [...] O Direito é um regulador, não do pensamento, porém das ações. Não se lhe deve, portanto, aplicar a medida teórica verdadeira, mas a medida prática do conveniente. [...] O Direito Penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, [...] Nele se espelha a sua alma. O Direito Penal é o povo mesmo. [...] A tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociais” (BARRETO, Tobias *apud* LYRA, Roberto. *Direito Penal Científico – Criminologia*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974; pp. 32, 35, 37 e 41, sem omissões no original).

22 Cf., nesse sentido: BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Prefácio de Evaristo de Moraes. Trad.: Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint/Ediouro, s/d.

23 Mesmo na perspectiva do garantismo, colhe-se a seguinte provocação: “Qual é a função de um sistema penal cindido, que prevê e dispõe penas severas em sede legal e judicial para, mais tarde, desmenti-las com uma série de benefícios prisionais distribuídos discricionária e sistematicamente em sede de execução administrativa? [...] ‘Flexibilidade das penas’, quer dizer, na verdade, flexibilidade também dos pressupostos das penas; e esta flexibilidade, como a experiência ensina, supõe o esvaziamento da lei e do juízo e, portanto, a dissolução de todas as garantias, tanto penais quanto processuais” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Vários colaboradores. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002; pp. 327 e 329).

24 E nunca é demais frisar os termos da sempre atualíssima advertência: “uma injustiça feita a um só é uma ameaça feita a todos” (FABREGUETTES, M. P. *A Lógica e a Arte de Julgar*. Versão de Henrique de Carvalho. São Paulo. C. Teixeira & C., 1914, p. 7).

25 Afinal, o Direito presta à regulação da vida: não há qualquer sentido ou proveito no fato de que ele venha a ser reduzido à condição de um emaranhado de teoremas estéreis, inaplicáveis, portanto, à realidade empírica. “A ciência penal não se exaure numa pura esquematização rígida de princípios ‘neutros’, pois que é a ciência de um direito eminentemente modelado sobre a vida e para a vida. [...] A vida não é para os teoremas, mas estes para aquela. [...] Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, destacados da vida como poças de água que a inundaçãõ deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos, que, ao serem estudados e aplicados, tem de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua *ratio*, condicionados à sua finalidade prática, interpretados nos seus sentidos social e humano. [...] A ciência que estuda, interpreta e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se numa sucessãõ de fórmulas vazias numa platitudo obsedante de mapa mural de geometria” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958; pp. 98 *usque* 100, sem omissões no original).

26 Na mesma esteira, “*Es frecuente en la doctrina penal y penitenciaria señalar que, en buena medida, la crisis de la pena privativa de libertad es la crisis de su ejecuciõn*” (CUEVA, Lorenzo Morillas. *Teoría de Las Consecuencias Jurídicas Del Delito*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991; p. 119).

Não se pode perder de vista: a cognição é meio; a execução, fim (inclusive, e sobretudo, em acepção finalística).

Certo, infelizmente, que, para muitos estudiosos, o Direito Penal é o lindo cisne que flutua nas águas impolutas da ciência especulativa, enquanto que a Execução Penal é o patinho feio que se encrespa na lagoa do empirismo imundo. Seja como for, é na efetividade das regras pertinentes à derradeira etapa do processo que a norma incriminadora substantiva encontra significativa parcela de sua própria justificação existencial.

A Execução Penal, em última instância, confirma a percepção do mínimo ético²⁷ subjacente a toda disciplina do Direito Penal: para que realizem plenamente e para que cumpram os seus mais excelsos desideratos, ambos necessitam da validade deontológica e da eficácia jurídica de um e do outro, posto que se imbricam.

Justamente por isso, o legislador – tal como Sísifo, no acatamento da expiação que lhe foi imposta – deve comprometer-se, dia após dia, com a evolução da normatividade de regência concernente à execução das penas, visando harmonizar Política Criminal e os mais elevados anseios de efetividade da Justiça Penal²⁸.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO E EXECUÇÃO PENAL

Desde antes da promulgação da atual CR, o Ministério Público já figurava – por expressa imposição normativa constante no ordenamento jurídico pátrio – entre os órgãos da execução penal (art. 61, III, LEP).

Tal disposição, plenamente ajustada à *mens* do Texto Magno vigente²⁹, deve ser compreendida em significação contemporânea, a fim de que seja materialmente recepcionada por ele.

Destarte, à luz da CR e estribado nos fundamentos dela mesma, o *Parquet* é órgão da execução da pena que se obriga à concretude – no âmbito que a ela é correspondente – dos objetivos, princípios, direitos e garantias do Estado Democrático de Direito.

É na positividade desta clave basilar que o Ministério Público fiscaliza a execução da pena e das medidas de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes que dele decorram (art. 67). Incumbe-lhe, ainda (art. 68): zelar pela regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento (inc. I), bem como requerer (inc. II): a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; e, finalmente, interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução (inc. III). Para realizar essas suas atribuições específicas, o órgão ministerial visita mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio (art. 68, P.U.).

27 Neste sentido é o excelente magistério de Giulio BATTAGLINI (*Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. Trad.: de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Ed. Universidade de São Paulo, 1973; pp. 6/8 – sem omissões no original): “*O Direito Penal é o ramo do Direito que se relaciona mais viva e profundamente com a moral*. O código penal já foi considerado como o “código moral de um povo”. [...] É o elemento “sanção” que possibilita estabelecer formalmente a distinção entre ilícito penal e os demais ilícitos jurídicos (civil, disciplinar, etc.). As considerações já tecidas sobre o particular conteúdo das leis penais servem também para a discriminação substancial. Costuma-se dizer que a pena se torna necessária, quando os demais meios jurídicos se fazem insuficientes. Realmente o delito distingue-se de outros atos ilícitos (como o inadimplemento contratual), por ser *algo a mais*. Mas não é apenas algo a mais (critério quantitativo): é principalmente um ato *qualitativamente diverso*, por ser violação do *mínimo ético*. Há nele algo a mais justamente porque existe a violação desse mínimo ético que constitui o primeiro pressuposto para uma existência civilmente ordenada e não vivida *modo bestiarum*. A *intensificação* e a *ampliação do mínimo ético* constituem caráter saliente das modernas leis penais. Estas são fortemente dominadas pelos conceitos de obrigação e responsabilidade. São leis de luta enérgica e destemida contra todos os atos que ferem os valores essenciais da vida nacional (organização política, família, costumes, etc.)”.

28 “*La ley, por tanto, como voluntad de la colectividad, no debería nunca estar en contraste con la ética social, ni siquiera cuando una intimidación pudiera considerarse útil para promover una modificación de opiniones y de sentimientos para la obtención de un entendido progreso. [...] Las convicciones morales, además de reflejarse sobre las normas penales y ser reforzadas por éstas, entran también como elementos causales de la delincuencia, y, por consiguiente, inspiran a la política penal un mayor o menor rigor represivo, y determinan además una más o menos frecuente intervención de la función punitiva*” (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 1: Primera Parte: Teorías Generales. Vol. I. Trad.: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948; pp. 47-8).

29 Se ação, jurisdição e processo são temas que se imbricam de forma indissociável; se o processo penal é o continente da execução das penas de natureza criminal; logo, jurisdição e processo penal de execução são temas que se conjugam (art. 2.º LEP). Por outro lado, se o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado; se ao promover exercício privativo da ação penal o Ministério Público também acaba, automaticamente, por se envolver com a realidade total do respectivo processo; então, a instituição ministerial também está conectada à execução da pena. Ademais, consoante a dicção constitucional, são funções institucionais do *Parquet* “promover” tanto a ação penal pública (art. 129, I, CR), quanto as medidas necessárias à garantia do efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na *Lex Magister*. Ora, “promover” não significa apenas “iniciar”, “gerar”, “dar causa” ao que quer que seja; significa, ainda (e em acepção de efetividade muito mais acordante ao senso constitucional), “vivificar”, “estimular”, “amparar”, “proporcionar meios” para que algo aconteça. Por qual razão o dispêndio de energia necessário à geração da primeira centelha ígnea se já se sabe, de antemão, que, depois, não irá se alimentar o fogo? Na frialdade das misérias do processo penal, não cabe ao Ministério Público apenas dar início ao trâmite do procedimento formal; compete-lhe, sobretudo, animar e viabilizar, concretamente e na medida de sua vocação, o êxito restaurativo das relações humanas.

A melhor exegese dos arts. 67 e 68 LEP não identifica como exaustivo o rol de funcionalidades ministeriais neles substanciadas³⁰. É que o espírito e o intento da legislação de regência à luz da CR incompatibilizam-se com qualquer tentativa de relegar ao Ministério Público, no âmbito da execução penal, o desempenho de um papel apenas burocrático e estritamente processual; fosse mesmo assim, muitas possibilidades de atuação que foram confiadas à Instituição pelo legislador constituinte originário restariam de todo inviabilizadas.

À toda evidência, é lógico e necessário que a mirada de abrangência das funcionalidades ministeriais, no contexto da LEP, não seja restritiva; ao invés, deve ser no sentido de máximo alcance e de ótima potência, porquanto assim se patenteia autenticamente consentânea ao modelo que se conforma ao hodierno perfil constitucional do *Parquet*, caracterizador de sua essência conceitual e da sua vitalidade pragmática.

Em suma, não somente a observância das leis do processo e a fiscalização do cumprimento delas cabem à Instituição Ministerial (art. 257 CPP). Compete-lhe também, em respeito à evolução de sua vocação – e ante a abertura conferida pelo art. 129, IX, CR (cujos efeitos também se espriam para a esfera da execução penal, tornando definitivamente exemplificativas as atribuições do *Parquet* previstas nos arts. 67 e 68 LEP) –, a interlocução social engajada no sentido de orientação e concretude das balizas cruciais à efetividade do Estado Constitucional, inclusive em organismos legalmente designados por esse último (e que igualmente estejam voltados à consecução de tais desideratos), posto que responsáveis por se debruçar sobre os temas da repressão e da prevenção da criminalidade.

5. ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A CONSTANTE NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

A orientação do porvir e a perfectibilidade do próprio devir são tanto mais criteriosas na medida em que melhor se conhece o passado.

“Em todo o mundo” – proclamava Roberto Lyra – “o Promotor Público é o intérprete dos interesses gerais da punição dos criminosos e o responsável direto pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão”³¹. E, nesse mesmo diapasão, o citado criminólogo – que foi justamente aclamado “Príncipe”³² dos Promotores de Justiça do Brasil – ainda pontificava: “O advogado acompanha o seu constituinte durante o processo, terminando o seu mandato devidamente remunerado. Mas, o Promotor defende o sentenciado, velando pelos seus direitos durante toda a execução da pena e até o final dela, com o livramento condicional.”³³

Pontua-se tal lembrança porquanto nela coexistem – em plenitude – consciência, ciência e experiência. Aflui, então, do conceito e da imagem que permeiam referida prédica uma outra ressonância que se reverte em favor da compreensão do presente e que se reveste de excelência no traçado seguro do futuro; se no ontem o empenho pela proteção das garantias do sentenciado, por parte do “Promotor Público”, pôde ter soado como uma enormidade, hoje, porém, tal práxis representa um mandamento de observância incontroversa e diuturna. A verdade é que, contemporaneamente, tal postura corporifica uma rotina mesmo, ou, melhor dizendo, um padrão de conduta francamente incorporado à funcionalidade típica desempenhada na seara da execução penal pelo Promotor de Justiça e sua irrestrita observância, aliás, é perfeitamente concêntrica à própria deontologia imanente ao exercício dos deveres do cargo³⁴.

Seja como for e à propósito, o certo é que a construção de um seguro amanhã institucional reclama o reconhecimento de que as funções ministeriais, no âmbito da execução penal, merecem ser alvo de profunda reflexão pelo próprio *Parquet*. Tal

30 Nesse sentido, cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 – 7 – 1984*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004; p. 231.

31 LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989; p. 57.

32 O título foi-lhe cunhado pelo imortal Evandro Lins e Silva, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal que foi também o quinto ocupante da cadeira n.º 1 da Academia Brasileira de Letras (SILVA, Evandro Lins e. *Arca de Guardados: vultos e momentos nos caminhos da vida*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995; p. 108).

33 LYRA, Roberto. *Teoria... Op. cit.*, p. 213. A esmiuçar a ideia o mesmo autor ainda anotava: “O advogado cuida dos interesses dos réus. Quando esses se convertem em sentenciados, em homens confiados inteiramente ao Estado, desaparece, em regra, a ação do patrono, sobretudo quando se trata de desprotegidos, ignorantes, miseráveis. A nós, do Ministério Público, compete, então, a alta missão de velar, não pelos interesses, mas pelos direitos daqueles cuja condenação pedimos para educar, para instruir, para erguer, e nunca para humilhar, para inutilizar, para esmagar. [...] Quando o advogado, pago e satisfeito, vê cumprido o seu mandato particular um mandato público, superior, difícil, desinteressado começa a pesar sobre os ombros do Promotor Público [...]. Junto às prisões não há mais acusadores e sim defensores, no mais solene sentido da expressão. [...] Convenci-me de que, sem garantir os direitos, não podemos exigir, violentamente, os deveres dos sentenciados (*Teoria... Op. cit.*, pp. 232-3, sem omissões no original).

34 Diz-se acerca disso porque talvez tenha sido mesmo ousado anunciar, no momento histórico em que o correspondente discurso veio à tona, que ao “Promotor Público” também cumpria velar pelos direitos do sentenciado durante toda a execução da pena. Atualmente está claro, ao “Promotor de Justiça” e à população em geral, que, intrínseca à centralidade daquele enunciado, gravita a certeza de que o implemento, o respeito e a satisfação de tal atitude não se revestem “apenas” de senso de humanidade em prol do condenado: deles redunda, em contrapartida, a salvaguarda de elevados interesses republicanos. Assim e por meio do exercício desta mesma incumbência (talvez ainda não completamente exaurida em todas as suas perspectivas), o órgão do Ministério Público aproximou-se de fato da sociedade e, por conseguinte, a Instituição inseriu-se no epicentro das discussões referentes à questão criminológica. Cumpre, agora, que aí não se detenha.

autocrítica, urgente e intransferível, deve se pautar pela ampliação de ideais e se dar mediante o incremento de novas e mais arrojadas posturas por parte de seus membros.

Para tanto, o diálogo direto – democrático mesmo – com a comunidade³⁵ soa como palavra de ordem.

Destarte, sem embargo do cumprimento de seu papel processual, não obstante à inalienabilidade dos seus deveres fiscalizatórios, longe de renunciar a firmeza da sua atuação repressiva à delinquência, deve o membro do Ministério Público, igualmente, empenhar-se nas soluções de Política Criminal tocantes à execução da pena e agir, referentemente a elas, de maneira profilática: já não ser só o “Promotor Público” que maneja os autos judiciais, mas também evoluir à condição de “Promotor de Justiça” que articula as suas incumbências entre a formalidade do processo e a vitalidade que pulula da ambiência social, considerada em sua inteireza.

A assunção deste comportamento funcional, portanto, não deve representar um “lugar de fala” indiferente aos anseios da coletividade e nem pode ser infenso às possibilidades de conciliação do interesse público com as garantias individuais; antes, deve ser teleologicamente ordenado à busca de resultados concretos que se evidenciem capazes de transpor posições anódinas na conjugação das tantas variáveis insertas no espectro da questão criminal.

Já não basta ao Ministério Público, em matéria de execução penal (que concilia valores humanos irrenunciáveis, como liberdade – em nível singular – e segurança – em patamar coletivo), o preenchimento de formulários, a coleta de estatísticas, a zelosa e diuturna escrita dos autos do processo³⁶, a realização da visita mensal aos estabelecimentos penais³⁷.

Como agente catalisador do bem comum³⁸ (expressão que jamais pode sair de voga, seja em acepção ética, política e/ou jurídica) deve a Instituição se imiscuir “na” e vivenciar “a” própria cidadania na qual se fundamenta. Interagindo significativa e sensivelmente com toda massa de pessoas que compõe o tecido social³⁹ (*i.e.*, sujeitos condenados e pessoas reverentes a um *modus vivendi* integralmente antitético à prática de infrações penais), o membro do Ministério Público dignifica a sua vocação constitucional na defesa de bens jurídicos que lhe são postos sob grave tutela.

Por outro lado, impende reforçar: a LEP é cronologicamente anterior ao Texto Magno; não quer isso significar, todavia, que ela possa ser lida, compreendida e muito menos concretizada mediante posturas que sejam insubordinadas à luz constitucional, que é preeminente e inafastável. A legislação ordinária prévia à CR deve submeter-se aos métodos hermenêuticos histórico-evolutivo, lógico, teleológico, sistemático e sociológico, de modo que a eloquência de seus termos interaja com uma outra expressividade ainda mais altissonante, que é justamente aquela mesma imanente às cominações da *Lex Mater*: a legítima eficácia das disposições da LEP depende dessa necessária abordagem.

Nesta perspectiva fundante, os arts. 127, *caput* e 129, incs. I, II e IX, CR, merecem densa reflexão⁴⁰.

35 “O amanhã é a Górgona; o homem não deve mirar senão seu reflexo no reluzente escudo do ontem. Se olha diretamente, transforma-se em pedra” (CHERTON, Gilbert K. *O que há de errado com o mundo*. Trad.: Luiza Monteiro de Castro Silva Dutra. Campinas: Ecclesiae, 2013; p. 43).

36 Ao membro do Ministério Público a sociedade é a sua ermida; os autos do processo, o seu altar; os dramas existenciais que permeiam cada um desses elementos encarnam o espírito que anima a sua própria profissão de fé. Portanto, “falar nos autos” não é atividade menor e nem é funcionalidade retrógrada; é sim ato de louvor institucional que marca o emblema de permanência às raízes; é proceder alquímico que transubstancia as intenções da norma escrita em conjuntura de direito material que satisfaz a vida; é elevação humilde, condóida e solidária, no exercício do poder-dever que comuta em refrigério as aflições humanas. Ao requerer ou opinar nos autos do processo – investido constitucionalmente dos meios que o fazem essencial à jurisdição – o órgão ministerial está promovendo a dicção da Justiça no plano mesmo das realidades e, disso, nisso e por isso, a sua nobreza funcional aflora *in re ipsa*. Em notável magistério declinado aos magistrados, mas integralmente aplicável aos integrantes do *Parquet*, Fernando Rodrigues Martins – respeitado professor e competente membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – ressalta: “O juiz, ao exercer a função de dizer o direito, deve adotar postura condigna não somente com a norma positiva. Sobretudo, cabe a ele a obrigação de sentir os acontecimentos sociais e com isso aplicar a lei ao fato concreto. Se ficar alheio aos fatos que correm ao redor, se não perscrutar empiricamente, o que levou ao clamar da justiça, ou se tiver medo de julgar, não cumprirá a sua função – que, diga-se de passagem, e da própria essência do Estado Democrático e do Estado de Direito” (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; pp. 134-5).

37 “Mas o promotor/procurador hoje é mais que isso, sem ter a pretensão de sê-lo, mas com a consciência de que o é; o promotor/procurador é um *social engineering*, erigindo a conscientização da cidadania, a defesa dos direitos fundamentais já de terceira geração do Estado Democrático de Direito em sua própria razão vital” (BONFIM, Edilson Mougenot. *Prefácio*. In: *Funções Institucionais do Ministério Público*. Orgs.: Airton Buzzo Alves, Almir Guasquez Rufino e José Antônio Francisco da Silva. Vários colaboradores. São Paulo: Saraiva, 2001; p. XIX).

38 A luminosa escrita da lavra do ilustre professor Epaminondas Fulgêncio Neto – que ocupou, com marcante distinção, o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (entre os anos 1995/1999) – serve de perene farol: “na condição de Promotor de Justiça o indivíduo vem revestido daquela capacitação funcional para o valimento eficaz dos direitos populares, mormente após a última Constituição Federal que armou os Promotores como *cavaleiros andantes do bem comum*” (cf. *Prefácio*, in: CABRAL NETTO, Joaquim. *Guia para Concurso do Ministério Público*. 5.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, s/ indicação do n.º da pág.).

39 “Deve o Ministério Público chegar mais efetivamente ao povo, *da forma mais ampla possível*, para que saiba este o que a instituição pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, o que não está fazendo mas deveria fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, quais suas principais falhas e qualidades, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações. [...] Em outras palavras: *desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo*, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996; pp. 43 e 74, sem destaques no original).

40 “Com efeito, o arcabouço normativo confere ao Ministério Público a função de zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II, Constituição Federal). [...] O desempenho desta tarefa de defensor do povo constitui poder-dever do Ministério Público atribuído constitucionalmente, competindo-lhe atuar mesmo de ofício” (MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público: Ministério Público defensor do povo*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002; p. 35).

Tais dispositivos remetem à incontornável lembrança de um plexo normativo específico aos desideratos do Ministério Público, consubstanciado minimamente nos arts. 27 e 80 da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 e arts. 6.º, §§1.º e 2.º, 11, 38 e 39 da LC 75, de 20 de maio de 1993 (igualmente concebidos à materialização das funções próprias da instituição, previstas na CR, sendo-lhes, do ponto de vista temporal, posterior a ela e, portanto, muito mais recentes que a própria LEP).

Na medida em que o ordenamento jurídico é ontologicamente uno e essencialmente livre de antinomias, claro está que os arts. 67 e 68 LEP – referentes à atuação ministerial no âmbito da execução das penas –, devem se harmonizar com os termos da CR (cuja natureza programática foi erigida sob o influxo de indisfarçável matiz dirigente) e, via de consequência, com o conteúdo normativo esculpido naquele mencionado núcleo legislativo infraconstitucional, engendrado, precisamente, à instrumentalização da funcionalidade institucional do Ministério Público⁴¹ e aplicáveis, também, na ambiência palpável da seara processual executória de natureza criminal.

Em epítome, o presente tópico encarrega-se por enuclear a seguinte ideia: há uma indisfarçável insuficiência – segundo a literalidade estrita da LEP – no padrão de atuação do *Parquet* no âmbito da execução penal, sendo impostergável, por conseguinte, a necessidade de redimensionamento de seu modelo interventivo nesta mesma seara. Esse imperativo de atualização urgente deve – desde a perspectiva hermenêutica até a sua realização concreta – ser concebido e desempenhado sob o influxo do Texto Magno, atrelando-se indissociavelmente aos fundamentos, objetivos e princípios do próprio Estado Constitucional⁴².

6. MINISTÉRIO PÚBLICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE: CONEXÕES COM O PROBLEMA DA EXECUÇÃO PENAL

É irrefutável que o problema da pena, para além das suas bases jusfilosóficas, está também pautado, desde a sua concepção até o seu exaurimento, por um inegável viés de ordem política.

Aliás, existem componentes políticos (não partidários) que afloram, *ipso facto*, da administração do Estado. A verdade dessa constatação e o reconhecimento das políticas públicas como categorias jurídicas visam, justamente, a incorporação daqueles elementos de caráter estatal ao âmbito de incidência do próprio Direito, conforme amplamente admitido pela doutrina.

Nesse sentido e em sumariíssima síntese, cabe assinalar que as políticas públicas consubstanciam um “quadro normativo de ação” que congrega elementos habilitados à constituição de uma ordem local, cabendo ressaltar que a consistência e eficácia delas dependem “diretamente do grau de articulação entre os poderes e os agentes públicos envolvidos”.⁴³ Tradutoras de

41 “A Constituição de 1988 confiou, pois, ao Ministério Público a tarefa de zelar pelos direitos constitucionais do cidadão. A esta instituição, já organizada em carreira em todo o País, entendeu de carrear-lhe as funções e os instrumentos para *assumir novos e relevantes encargos, totalmente compatíveis com a própria destinação*. Conferiu-lhe notável crescimento especialmente quanto às suas funções. Embora sem tornar-lhe evidentemente privativa a defesa dos direitos assegurados, conferiu ao Ministério Público a tarefa do *defensor do povo*, ainda que desta expressão não se tenha valido. [...] Ora, para o exercício das funções de que cuida o inc. II do art. 129, a legislação infraconstitucional deve atribuir ao Ministério Público uma atividade de fiscalização geral, em relação a órgãos, pessoas ou autoridades da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, [...]. Fica aqui a advertência no sentido de que o Ministério Público deve aparelhar-se e dedicar-se seriamente a esta importantíssima, porém, delicada área de atuação, com o zelo e o equilíbrio que são indispensáveis. [...] Em correspondência a esse engrandecimento conceitual e funcional da instituição, a sociedade passou a cobrar mais do Ministério Público, o que justifica busque ele *uma atuação mais eficiente, menos voltada para o aspecto burocrático dos pareceres processuais e mais direcionada para atacar problemas de larga abrangência social afetos aos cuidados da instituição*, como o combate à criminalidade organizada, a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público e social, e o zelo do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais. Com isso, não se quer dizer que a tradicional atuação do Ministério Público no processo civil ou penal não seja necessária nem que não seja importante. Não raro o processo é o único meio de composição da lide, e a atuação do Ministério Público pode ser fator importante, seja para o impulso da ação, seja para o equilíbrio do contraditório. *O que se quer dizer é que as funções do Ministério Público moderno não se resumem nem se limitam à tradicional atuação processual*. Entre a destinação institucional e o trabalho ainda hoje efetivamente desempenhado pela instituição, há atualmente um descompasso que evidencia defeitos que urge corrigir, bem como *um espaço que ainda falta ocupar adequadamente*, dentre dos limites da própria instituição” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998; pp. 104, 105-6 e 128-9, sem destaques e/ou omissões no original).

42 A LEP “engessa” o Ministério Público em suas funcionalidades: presta-lhe homenagem mumificando-o e impondo-lhe certo insulamento. A CR, de sua vez, “liberta-o”, sob aquele mesmo aspecto: rende-lhe tributo vivificando-o e determinando-lhe expansividade no diálogo com todo o *corpus socialis*. Essa última mirada, pois, é a única que se afina à constante necessidade de renovação dos paradigmas de atuação Ministerial na execução penal: afinal, o Direito não pode servir de empecilho à evolução da sociedade; deve, antes, adequar a realidade à vida mesma que visa a servir (nesse sentido, cf. MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad.: Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988).

43 Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 249. Afora isso e, a rigor, conforme pontua a autora na mesma obra, o certo é que “as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva. Esse seria o caminho para superar-se a concepção da norma geral e abstrata como referência central do aparelho burocrático do Estado, introduzindo-se no mundo do direito público o conceito de política pública como programa de ação. Na verdade, a crise do modelo normativista e dedutivo, em certa medida reducionista, leva a novos modelos de representação do direito, em que as técnicas de legislação e de decisão não se baseiam mais exclusivamente em regras, mas também em princípios e objetivos. A visão liberal do direito como conjunto de normas cede lugar a compreensões baseadas na ideia de comunicação do direito com as expressões não-jurídicas da vida, ou do subsistema jurídico com outros subsistemas, “as decisões criam regras, mas as regras por sua vez decisões” (p. 253). Assim – prossigue a citada autora na sua erudita lição –, “O modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. Para Charles-Albert Morand, as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, se superpor a elas ou se pôr a

um processo de permanente de definição dos fins relacionados ao *faccere* ou ao *non faccere* coletivo, as políticas públicas se perfazem mediante a identificação de interesses cruciais à vida social; elas visam a formalização e o empreendimento de certas escolhas que melhor correspondem ao consenso geral acerca do conceito de prioridades.

Pari passu a esta realidade, o fomento econômico e o incremento jurídico referentes às parcerias de importantes setores da sociedade com o próprio Estado confirmam o caráter hodierno dessa mesma conjuntura administrativa.

Justamente em face dessas próprias razões, o Ministério Público não deve desprezá-las: os interesses sociais não partidários que reverberam desde o imo daquelas mencionadas políticas, primários⁴⁴ e não raro abalizados pela nota indisponibilidade, são cruciais à visão e à planificação de metas próprias da Instituição.

Lado outro, no campo da segurança pública e no particular terreno da execução penal, tem-se, respectivamente, que a CR (art. 144, *caput*) e a LEP (arts. 4.º, 78 e 80) impõem o engajamento da sociedade com as correspondentes problemáticas, concitando-a à cooperação e à corresponsabilidade nas soluções afetas a estas caríssimas áreas do interesse público.

Também por essa razão, como forma de garantir que a execução da pena alcance os seus mais sustentados desideratos (mediante irrenunciável fiscalização em todas as suas fases de desenvolvimento), o Ministério Público deve participar ativamente da mobilização de todos os esforços empreendidos pelo Estado e pela sociedade no tocante a tão grave pauta de assuntos.

Fosse pouco, o próprio imperativo irrenunciável de, perenemente, encarnar uma instância de controle dos órgãos envolvidos com os “serviços de relevância pública” (e o são todos aqueles que tratam do tema “execução penal”, porquanto imbricado com a problemática referente à segurança pública, considerada em sua essencialidade vital e em sua inteireza conceitual) insere, novamente, o Ministério Público no debate em questão.

Como se vê, por todos os flancos de análise do tema (*i.e.*, políticos, sociais e jurídicos), “Ministério Público” e “execução penal”, ambos assumidos em sua dimensão total, conectam-se profundamente.

Com efeito, à Instituição compete “zelar” pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública (art. 129, II, CR), “fiscalizar”, de um modo geral, a execução da lei penal (art. 257, II, CPP), assim como, mais uma vez e de forma ainda mais precisa, “fiscalizar” a execução da pena, propriamente (art. 67 LEP); ademais, ao Ministério Público deve ainda “exercer a defesa” dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual (art. 27 da Lei 8.625/93 e arts. 38 e 39 LC 75/1993).

Para que atenda concretamente a tais obrigações e para que cumpra materialmente os desideratos políticos, sociais e jurídicos que nelas estão embutidos, ao Ministério Público da União e dos Estados (uma vez que o artigo 80 da Lei 8.625/1993 assim o permite) é assegurada, *ex vi* de comando normativo expresso (artigo 38 LC 75/1993), a participação – seja como membro integrante, seja como Instituição observadora – nos órgãos colegiados da Administração Pública, direta ou indireta, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções e as atribuições correlatas às funções do *Parquet* (art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, LC 75/1993)⁴⁵. Dito de outra forma: as funcionalidades institucionais do Ministério Público, quer sejam aquelas concebidas diretamente pelo legislador constituinte originário, quer sejam aquelas traçadas pelo legislador infraconstitucional, exigem que o *Parquet* participe ativamente dos órgãos colegiados envolvidos com o problema da execução penal.

O controle dos atos atentatórios à legalidade, à moralidade, à transparência, à impessoalidade e à eficiência praticados no âmbito dos serviços de relevância pública não se faz apenas pela via repressiva; por óbvio, desta vertente jamais o Ministério

seu serviço, num quadro em que o direito é cada vez mais desordenado, complexo e movediço” – para, em seguida, irretocavelmente, conclui-la: “a realização das políticas públicas deve se dar dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, ‘de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e da construção do direito futuro’. Inovando na tradição jurídica, a política distinguir-se-ia das categorias das normas e atos jurídicos, embora esses elementos sejam parte integrante dela. A noção operacional de política estaria mais próxima do conceito de atividade, ‘conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado’” (p. 255). Eis aí, pois, motivos a mais para que o Ministério Público, como instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais indisponíveis dispense, legitimamente, a devida atenção ao tema.

44 O interesse público primário se identifica com os mais relevantes desígnios da própria sociedade; difere-se substancialmente do interesse público secundário “que é inerente aos direitos e obrigações do Estado considerado em si mesmo e que pode contrastar com o interesse coletivo” (MARTINS, Fernando. *Controle... Op. cit.*, p. 64).

45 Os termos da Lei 9.790, de 23 de março de 1999 são, em tese, aplicáveis à realidade da execução penal, sendo certo que essa dimensão reforça a necessidade de engajamento do Ministério Público na correspondente pauta de assuntos. Verdadeiramente, a gravidade social e a relevância pública que emergem da temática determinam à Instituição uma postura avessa ao meramente burocrático e bem distante do enimesmar-se de ordem estritamente processual: o trato geral do problema criminal (considerado, inclusive, o seu viés penológico) demanda formas de pensar e maneiras de agir dispostas em linha de proatividade que são completamente opostas ao anacronismo daqueles referidos comportamentos. Assim, o manejo de institutos como o *enforcement* (largamente empregado no direito anglo-saxão e que dispõe de mecanismos eficazes que asseguram o cumprimento da lei) pode se somar à percepção da postura colaborativa do Ministério Público no controle dos assuntos conectados à satisfação dos interesses públicos indisponíveis e do asseguramento das garantias individuais de matiz pético-constitucional. Por meio de tal instrumento, no âmbito do controle da Administração Pública, o *Parquet* “teria condições plenas de efetuar, nas suas diversas áreas de atuação, diagnósticos precisos quanto ao grau de efetividade das diversas leis que procura aplicar, apontando seus aspectos positivos e negativos e, a partir disso, formular propostas concretas tendentes a reforçar aqueles positivos e suprimir os negativos” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle... Op. cit.*, pp. 69/70). Com efeito, inexistente óbice de qualquer natureza à conveniência e à validade deste enfoque objetivo, inteiramente apropriado ao campo de funcionalidades institucionais ora examinado.

Público deve prescindir, seja mediante o manejo de ações judiciais seja pela utilização de outros instrumentos legais pertinentes que lhe são confiados.

Entretanto, e para além desse horizonte, o certo é que, visando a correção jurídica, a adequação social e a superação de deficiências de quaisquer daqueles mesmos serviços de relevância pública, o Ministério Público pode, perfeitamente, adotar postura ativa na materialização cidadã referente a eles mesmos.

Destarte, independentemente de a execução penal ser exercitada diretamente pelo Estado-Administração, ou, de outra banda, seja, por qualquer hipótese, manejada por seus delegados particulares, ao Ministério Público invariavelmente caberá, nos planos repressivo e preventivo, tomar todas as medidas cabíveis à sua plena regularidade, o que envolve, em grande medida, a própria consecução de seus objetivos capitais, nos termos do art. 1.º LEP. Em suma: “controle” em matéria de execução penal deve significar interação no plano das políticas públicas, moderação no plano da interlocução dos órgãos destinados à sua realização, autoridade no plano da materialização dela mesma.

Assim, antecipar-se às disfunções do sistema e às possíveis adversidades sociais mais graves que daí possam advir correspondem à mais elevada expressão de efetivo respeito à população em geral⁴⁶.

A concretude do processo executório penal exige a aplicação da lei, a gestão dos efeitos decorrentes dessa atividade, a tangibilidade dos meios destinados ao atendimento da dignidade da pessoa humana, a efetividade do compromisso com a segurança pública (a ser percebida em acepção de realidade palpável), o planejamento das abordagens, a avaliação dos resultados, bem como, a fiscalização de tudo isso; as tarefas – como visto – são muitas, complexas, pesadas e interdependentes: inexistem, pois, motivos coerentes para que Estado, sociedade e Ministério Público excluam-se reciprocamente e deixem de somar forças em prol da temática correspondente.

Não há razão alguma para que, em matéria de execução das penas de natureza criminal (mera consequência jurídica decorrente da prática de infrações penais), “sinergia” não venha a simbolizar uma das mais enfáticas palavras de ordem, sobretudo porque, na órbita da segurança pública (abarcar da problemática), prevenir é sempre imensamente melhor que remediar⁴⁷.

7. A COMUNIDADE E A EXECUÇÃO PENAL

Não há como a sociedade – imersa concretamente no problema da criminalidade e, por conseguinte, na questão vinculada à execução da pena – olvidar de que a segurança pública é interesse que lhe toca de forma pungente e categórica⁴⁸.

Para mais além da imperatividade das regras jurídicas positivadas no sentido de que ela, a sociedade, envolva-se efetivamente e se responsabilize, de maneira decidida, pela sua própria salvaguarda na ambiência geral daquelas temáticas, o certo é que, mesmo que as disposições legais o silenciassem, ainda assim ela seria premida e estaria pragmaticamente concitada a fazê-lo, na medida em que o Estado não cumpre de forma integralmente satisfatória com o seu dever de garantir a paz social.

46 Que não se esconda que tal linha geral de atuação Ministerial procura, sob todos os flancos, alinhar-se com o seu poder-dever de controle dos atos que tocam direta ou indiretamente ao próprio Estado ou aos particulares que exerçam funções relevantes e concêntricas ao interesse público. “O objetivo, portanto, é a neutralização de qualquer tentativa de alforria da Administração Pública pelo fato de promover a delegação de serviços públicos (serviços públicos não exclusivos) aos particulares e, por intermédio deles, frustrar os fins do controle cuja essência não é tomada por uma perspectiva subjetiva, mas, ao contrário, objetiva: verga-se a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados, pouco importando se quem vem feri-los é o poder público, seus delegados ou parceiros” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle... Op. cit.*, p. 51).

47 Referida linha de controle espria-se, a um só tempo, pela vertente da proteção das garantias individuais (em respeito à dignidade humana do condenado) assim como pelo flanco da eficiência da atuação dos órgãos da execução penal (com reversão de resultados benéficos à própria segurança pública); em suma: ela pretende, em última análise, ser percebida como instrumento hábil na possibilidade de implantação de atitudes concretas capazes de eliminar imprecisões, distorções e deficiências em matéria executória das penas criminais. Logo, tal perspectiva acaba por fornecer meios à adoção de posturas sistemáticas, por parte do Ministério Público e da própria sociedade com quem diretamente a Instituição deve dialogar (e para quem destina importante fração das suas finalidades), que quiçá podem realmente redundar numa colheita de melhores resultados nesse mesmo campo, até chegar ao cume de eventualmente apontar, aos Poderes Executivo e Legislativo, as causas de ineficácia das políticas públicas e da legislação vigente, bem como – em contrapartida e sobretudo – democrático rol de sugestões para a correção de rumos, em favor mesmo da prevenção e do combate da criminalidade. Merece, pois, ser francamente estimulada.

48 “A comunidade e o preso integram-se numa realidade incidível. Ora, o objetivo da execução da pena é a reeducação ético-social do preso, para a proteção da sociedade. Reeducação do preso e proteção da sociedade são termos correlatos. [...] A sociedade, ao colaborar na realização da pessoa humana, está colaborando na sua elevação ou proteção, concorrendo para o enriquecimento do bem comum, que se destina a todos os cidadãos” (ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996; p. 164). Sem embargo do conteúdo acertado do magistério, *venia concessa*, tem-se que ele não está completo; é que, *ex vi lege*, a execução penal também “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal” (art. 1.º LEP, primeira parte). Ora, todo título executivo judicial de natureza penal fundou-se, na fase mesmo de determinação da sanção a ser cumprida, no art. 59 CP que impõe, com efeito, ao Estado-Juiz a aplicação da pena que, em sua qualidade e quantidade, revele-se “necessária (*sic*) e suficiente para a prevenção e repressão do crime”. Logo, a reprimenda penal possui sim um objetivo ressocializador, mas, além dele, assenta-se igualmente em um outro escopo indissimulável, voltado mesmo à própria punição do delinquentemente condenado. Seja como for, o referido doutrinador, na mesma obra, ainda anota, agora de forma irretocável, que “a comunidade tem de participar na elaboração da planificação da política criminal e atualização do sistema penal. [...] Na renovação do sistema penal, não bastam as comissões oficiais ou o trabalho exclusivo do jurista, pois é necessária a contribuição de outras profissões e entidades da comunidade, dando-se ênfase ao seu aspecto pluralista e interdisciplinar, e eliminando o hiato entre o pesquisador, o cientista e o legislador” (p. 165, sem omissão no original).

Neste contexto, a LEP⁴⁹ inclui a comunidade entre os órgãos da execução (art. 61, VII).

Com efeito, na composição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária há a determinação de garantia de assento a representantes da comunidade (art. 63, *caput*), assim como também o há em relação ao Conselho Penitenciário (art. 61, § 1.º); ademais, no Patronato (art. 78) e, sobretudo, por derivação do conceito semântico e em razão da sua própria essência jurídico-sociológica, no Conselho da Comunidade (art. 80) a participação de membros da comunidade é ainda mais ostensiva e ativa.

Os Conselhos da Comunidade cumprem, efetivamente, importante papel na efetividade da execução penal, máxime quando orientados à conciliação de duas garantias constitucionais que não são, a rigor, excludentes: a defesa da dignidade da pessoa humana (em favor dos sentenciados) e a salvaguarda da segurança pública (em prol da coletividade).

É inegável, pois, a existência de profunda afinidade entre esses mesmos organismos e o Ministério Público, nada impedindo – e tudo recomendando – que o último lhes anime e lhes acompanhe. Para tal, a melhor estratégia é a integração, inclusive em acepção composicional. Afinal, melhor vivifica quem participa “da” e efetivamente colabora “à” própria existencialidade, assumindo posição orgânica que contribua na concepção e no desempenho de funções concretas.

O Ministério Público deve empenhar-se para que os órgãos designados ao regular funcionamento da execução penal desincumbam-se eficazmente de suas tarefas. Chega a ser intuitivo, nessa perspectiva, que na medida em que ao menos um membro do *Parquet* venha a integrar o colegiado daqueles mesmos órgãos, as chances de que eles passem a atuar de acordo com os parâmetros e em prol dos objetivos pretendidos pela Instituição aumentam significativamente.

Por fim, não se pode olvidar do conceito, em sua fração elementar-indecomponível: nos Conselhos da Comunidade é a sociedade mesma quem vivamente se faz presente na execução penal. E, onde está sociedade, lá também deve estar, em toda a sua potência funcional, o Ministério Público.

8. ALTERAÇÕES NORMATIVAS DA LEP PROMOVIDAS PELA LEI 12.313, DE 19 DE AGOSTO DE 2010

O Diploma legal referido na rubrica deste tópico introduziu, justificavelmente e sob os louvores devidos, a intromissão da Defensoria Pública – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, *caput*, primeira parte, CR) – no âmbito da execução da pena criminal: os arts. 81-A e 81-B LEP atribuíram à Instituição incumbências concorrentes àquelas previstas ao Ministério Público, em sede de execução penal.

É evidente que o intuito do legislador foi homenagear a garantia constitucional da liberdade, estabelecendo coexistência fiscalizatória (e conseqüente convergência postulatória) em prol da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Nada há, em absoluto, de censurável quanto ao particular.

A observância da regularidade do *status libertatis* do condenado não se opõe – antes se concilia – com interesse do Estado (Administração e Juiz) em não manter imutável ou inextinguível, no âmbito da execução penal, um título judicial executório.

Correlato ao problema sociológico da superpopulação carcerária, tem-se que, do ponto de vista estritamente jurídico, a sentença penal condenatória não opera efeitos *ad aeternum* e, não obstante, sujeita-se à cláusula *rebus sic standibus*; desta feita, a execução de suas disposições deve, um dia, dar-se por completamente quitada, além do que, até que isso se verifique, está permanentemente submetida à possibilidade de mudanças de curso, “quando” e “se” essa e aquelas situações jurídicas forem realmente devidas.

Advém, entretanto, que a aferição da viabilidade de reconhecimento de tais vertentes de câmbio e/ou de encerramento depende de intervenção judicial, fiscalizada pelo Ministério Público e acompanhada pela Defesa.

É, pois, por meio e no bojo do processo de execução penal que determinadas ocorrências fáticas devem ser comprovadas como pressuposto de incidência de regras legais autorizadoras da decretação da extinção da punibilidade, ou, quando não isso, justificadoras às alterações de curso pretendida e efetivamente impostas – tanto em sentido mais benéfico quanto em direção mais gravosa – à experiência concreta da pena aplicada.

49 Na exposição de motivos da LEP (itens 22, 24 e 25) consta, *in verbis*: “22. Como reconhece Hilde Kaufman ‘la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal’ (‘Principios para la Reforma de la Ejecución Penal’, Buenos Aires, 1977, pág. 55). [...] 24. Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário. 25. Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um Conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos).”

A avalanche de feitos que abarrotam as Varas de Execuções Penais (com risco de morosidade que pode redundar em constrangimento ilegal) é dado incontroverso.

A realidade dos Juízos competentes pelo acompanhamento das execuções penais demonstra que o colossal volume de processos que nelas tramitam exige mesmo a afluência de esforços no sentido de diuturna, firme e efetiva fiscalização dos feitos, como forma de evitar a infeliz concreção de excessos e desvios.

Na medida em que toma como referência inafastável a premissa de que num autêntico Estado Constitucional, legalidade, moralidade, impessoalidade, transparência, eficiência, igualdade e justiça nunca são superabundantes, a veiculação da presente tese não se presta em bradar contrariamente aos termos da Lei 12.313/2010.

Fique claro: não há insurgência quanto à regulamentação das tarefas impostas à Defensoria Pública no âmbito da execução penal; ao contrário, as inovações são todas bem-vindas, na medida em que, agora, possibilitam – também ao Ministério Público – o poder de invocar fundamentos jurídicos suficientes, nas comarcas em que exista o órgão Defensor, à exigência de que esse último também se envolva e participe ativamente do processo penal executório, inclusive manifestando-se nos respectivos autos nas ocasiões em que a sua atuação é devida como forma de conferir efetividade às garantias da ampla defesa e do contraditório. Com isso, aliás, evitam-se tanto injustificáveis e dispendiosas nomeações de causídicos particulares (com geração de custos extras ao Estado), bem como procrastinações intoleráveis na solução de incidentes e na decretação da extinção das penas (hipóteses que, uma vez frustradas, desembocam mesmo em graves atentados à justiça do caso concreto).

A compreensão do momento histórico levou o legislador hodierno (distante mais de vinte e cinco anos daquele que concebeu a LEP e que nela inseriu as incumbências do Ministério Público⁵⁰) a perceber que as Instituições permanentes e essenciais à função jurisdicional do Estado podem e devem se imiscuir na interlocução com a sociedade para o equacionamento dos problemas referentes à questão da execução da pena (art. 4.º LEP) e da segurança pública em geral, como expressão de dever e de responsabilidade de todos (art. 144, *caput*, CR).

Harmônica a esse diapasão, a Lei 12.313/2010 inseriu a Defensoria Pública como um dos órgãos da execução (art. 61, VIII, LEP) e garantiu-lhe assento obrigatório na composição dos Conselhos da Comunidade (art. 80 LEP).

O Ministério Público, de sua vez, não mereceu a mesma sorte de atenções.

9. SOBRE A IMPERATIVA REPRESENTATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CONSELHOS DA COMUNIDADE

Nada impede que os membros do Ministério Público figurem como componentes obrigatórios dos órgãos colegiados da execução penal.⁵¹

Aliás, a própria vocação constitucional da Instituição aponta para o sentido da obrigatoriedade dessa mesma participação, havendo, inclusive suporte legal expresso para tanto, conforme já explicitado.

Especificamente no âmbito dos Conselhos da Comunidade – sobretudo com o advento da Lei 12.313/2010 – nada justifica o olvido ao Ministério Público no rol dos seus integrantes, conforme previsão do art. 80 LEP. É importante que a Instituição

50 Note-se que os arts. 67 e 68 LEP mantêm, desde 1984, a mesma redação. Nem mesmo a promulgação da CR ora vigente fez com que o Ministério Público percebesse, mediante aditivo expresso, qualquer incremento literal em suas incumbências, considerado o perímetro da citada normatividade infraconstitucional. São mais de trinta e três anos de estagnação: urge rever, sob a atualidade do contexto axiológico-histórico-jurídico-social, a amplitude dos papéis que a Instituição pode efetivamente desempenhar em matéria de execução penal, fazendo-o em proveito de toda a sociedade.

51 No plano macro-político, a doutrina é no sentido da possibilidade de o Ministério Público esteja representado no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Comentando o art. 63 LEP, Mirabete (*Execução Penal... Op. cit.*, p. 172, sem destaque no original) asseverava: “Refere-se o dispositivo aos professores e profissionais da área do Direito Penal, Processo Penal, Penitenciário e ciências correlatas, entre as quais, por exemplo, podem ser incluídas a Criminologia, a Penologia, a Psicologia Criminal etc. Os profissionais são advogados, os membros do Ministério Público, da Polícia etc.” A prática, ademais, demonstra a inexistência de proibição: nesse sentido, a atual composição do CNPCCP conta com a presença, entre seus integrantes, com membros do Ministério Público (cf., nesse sentido: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/composicao>, acesso em 23 de julho de 2017). Ainda naquele mesmo plano, não se pode olvidar que, naquilo que tange aos Conselhos Penitenciários (arts. 69 e 70, LEP) há disposição legal expressa (estrangeira ao *corpus juris* da LEP) que determina o assento Ministerial em meio ao órgão (art. 38, V, LC 75/1993); a propósito, a melhor técnica legislativa aponta no sentido de que o art. 69, § 1.º, LEP, venha a ser alvo de atualização para fazer constar, literalmente, a presença obrigatória de representante do *Parquet* entre os membros do colegiado. Dessas duas premissas decorrem dois importantes aspectos que devem ser considerados: o primeiro é o que demonstra que o simples fato de os Conselhos da Comunidade arrecadarem recursos provenientes das instâncias colaboradoras locais não constitui, *de per se*, entrave à presença do órgão ministerial na sua composição; o segundo, é o que evidencia que o pendor fiscalizatório próprio do *Parquet* não é obstáculo suficiente ao impedimento de garantia de assento da Instituição na composição dos órgãos colegiados previstos pela LEP. Explica-se. Quanto ao primeiro aspecto, veja-se que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária está umbilicalmente conectado com o Departamento Penitenciário Nacional (art. 71), que lhe presta apoio administrativo e financeiro; de sua vez, o Departamento Penitenciário Nacional gere o Fundo Penitenciário Nacional, nos termos da LC 79, de 7 de janeiro de 1994; este fundo, em síntese, funciona a partir de recursos financeiros de altíssima envergadura, provenientes tanto de fontes públicas quanto, inclusive, privadas (art. 2.º, II e III). Sob o segundo aspecto, note-se que o Conselho Penitenciário é, por definição legal, órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena (art. 69, *caput*, LEP): logo, é a legislação mesma quem introduz na composição de um órgão colegiado de inclinação fiscalizadora um membro fiscal por excelência, pertencente ao Ministério Público.

fiscalize a destinação dos recursos e materiais obtidos pelo mencionado Conselho, bem como participe ativamente – em sentido de orientador até – do debate referente à manutenção dos estabelecimentos e programas havidos no contexto da realidade local⁵².

Na prática do que ocorre em muitas comarcas – principalmente as do interior – tais organismos são fomentadores capitais daquilo que a população reputa de melhor para o atendimento concreto dos termos da LEP, em nível regional⁵³.

Afora isso, não é incomum – em cartas de intenções lavradas por ocasião de congressos, simpósios, seminários, jornadas, encontros e grupos de estudos⁵⁴ – a chancela da orientação doutrinária formalizada no sentido de que os Conselhos da Comunidade devem incrementar as suas incumbências, ainda que empiricamente e mediante atuação exorbitante às bitolas que perfazem o rol legal do art. 81, LEP.

Essa mesma tendência, aliás, foi recentemente chancelada pelo próprio Ministério da Justiça: a constatação de tal dado, *de per se*, justifica o campo de interesses da Instituição a respeito da relevância estratégica de sua efetiva inserção no âmbito dos Conselhos da Comunidade⁵⁵.

“Alhear” ou “alhear-se” o Ministério Público dessa conjuntura é postura avessa ao sentido democrático que anima a própria essência finalística da Instituição e à necessidade de mantê-la inserida na linha evolutiva de suas possibilidades/justificativas existenciais. Entendimento diverso redundaria em inexplicável retrocesso histórico-jurídico-social em relação às próprias funções institucionais programadas pela Constituição Federal e estabelecidas/regulamentadas na legislação infraconstitucional⁵⁶ em relação ao *Parquet*.

52 É célebre o aforismo proclamado por André Franco Montoro acerca da realização de políticas públicas eficazes no âmbito local de uma comunidade concreta: “Ninguém vive na União ou no estado. As pessoas vivem no município” (disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/401898/noticia.htm?sequence=1>, acesso em 10 de julho de 2017). Quer isso dizer, em última análise, que o interesse dos habitantes de uma determinada cidade (ou, de acordo com o núcleo mesmo de atuação dos Conselhos da Comunidade, a “Comarca”, nos termos do art. 80, *caput*, LEP) é o de mais candente percepção popular, o que reclama – portanto – pela dispensa de atenção diuturna, de atendimento premente, de satisfação integral.

53 As APAC’s (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado), por exemplo, são modelos dessas forças comunitárias canalizadas para a melhoria da execução das penas. Neste sentido: MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 82.

54 Neste sentido, calhar alinhar, em esquema de escorço histórico, entre outros, os seguintes exemplos, todos mencionados por KUHENE, Maurício (*Execução Penal: cartas e conclusões de congressos, simpósios, encontros e seminários*. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2003): “20. Os órgãos incumbidos de prestar o acompanhamento ao egresso devem contar com equipes técnicas interdisciplinares de orientação criminológica e estarem submetidos ao controle do Ministério Público” (Conclusões do Fórum Nacional de Secretários Estaduais de Justiça, reunidos na cidade de Porto Alegre, nos dias 6, 7 e 8 de dezembro de 1990, em seu VII Encontro Nacional). *Vide também*: “b) O artigo 81 da LEP deverá ser complementado com o seguinte texto: ‘... – organizar, administrar e fiscalizar a prestação de serviço à comunidade’”; e, ainda: j) “É inadiável criação e fortalecimento dos Conselhos da Comunidade em todas as Comarcas, cumprindo-se imposição legal e pela reconhecida importância desses órgãos à execução da pena” (proposições transformadas em conclusões, com aprovação plenária unânime, da lavra, respectivamente, dos Drs. Gilberto Ferreira e Mauro Bley Ferreira Júnior, *in*: “Carta de Joinville” exarada no I Simpósio Nacional sobre Execuções Penais e Privatização dos Presídios, realizado entre 25 a 27 de março de 1993, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Magistrados Catarinenses, com a participação de advogados e membros do Ministério Público). Entre as conclusões dos painelistas, debatedores e integrantes do Painele III (prisão domiciliar, casa do albergado, Conselhos da Comunidade, Livramento Condiciona), foi aprovada, à unanimidade, naquele mesmo Simpósio, a seguinte tese, de autoria do Dr. Maurício Kuehne: “Incumbe ao Conselho da Comunidade, sem prejuízo das atribuições próprias do Juízo da Execução, fiscalizar o cumprimento das condições impostas”. Igualmente, confira-se, na “Carta do Rio de Janeiro”, item 16, a proposta que foi encaminhada à comissão de reforma da Lei de Execução Penal, instituída pelo Ministério da Justiça: “Implementar os Conselhos da Comunidade como órgãos auxiliares da execução penal, inclusive no controle e fiscalização das penas substitutivas, sensibilizando a sociedade da importância desse Conselho como mecanismo de auto-defesa” (II Encontro Nacional da Execução Penal, realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 20 de agosto de 1999). Mais: na “Carta de Belo Horizonte”, da lavra dos participantes do Seminário sobre a Execução Penal, realizado nos dias 1 e 2 de dezembro de 2000, constou entre as sugestões dos conferencistas: “10. Tanto o Patronato quanto o Conselho da Comunidade se credenciam a atuar como órgãos da execução para as penas restritivas de direitos, podendo o Juiz, na falta de ambos, lançar mão de entidade já existente, sem fins lucrativos, para o cumprimento de tal finalidade”. Por fim, o XXXVI Curso de Atualização para Magistrados, ocorrido entre os dias 26 a 30 de setembro de 2001, na cidade de Guaratuba-PR, tornou pública a seguinte conclusão, deliberada à unanimidade: “VII – É necessário aperfeiçoar o sistema de penas alternativas, para incentivar o fortalecimento dos Conselhos Comunitários no Estado, convido a criação de uma equipe de profissionais experientes que, com o apoio do Poder Judiciário, possam transferir conhecimentos e tecnologia especializados, colaborando para com as adaptações necessárias aos modelos bem-sucedidos, nas Comarcas ou Municípios sem a necessária infra-estrutura de material e pessoal”. Impende registrar, nesta nota, que, na maioria dos casos, o conteúdo completo dos documentos mencionados não se compatibiliza, se analisados em todos os seus itens conclusivos, propositivos e/ou sugestivos, com as posições doutrinárias que autenticamente se harmonizam com as convicções jurídicas do autor desta tese. O intuito de trazer à tona a lembrança de tais cartas congressuais está em demonstrar que a tendência de fortalecimento dos Conselhos da Comunidade representa uma realidade crescente, inexorável e irreversível, cabendo, portanto, ao Ministério Público posicionar-se, assim como o fez a Defensoria Pública, no sentido de interesse pela ocupação de seu devido espaço neste órgão da execução penal, que tão de perto diz respeito à sociedade, de quem o *Parquet* sempre foi, e é será legítimo defensor.

55 O princípio n.º 12 do relatório intitulado “Modelo de Gestão para a Política Prisional” – publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional/Diretoria de Políticas Penitenciárias, em 2016 – está assim redigido (sem destaques no original): “O regime democrático que é assegurado pela Constituição Federal de 1988 deve ser um pressuposto também para o funcionamento do sistema penitenciário. Nesse sentido, o Modelo de Gestão da Política Prisional privilegiará a participação efetiva da sociedade civil no processo de execução penal, prevendo formas diretas de proposição e acompanhamento da política penal, por meio da instituição de fóruns e conselhos e da realização de conferências sobre o sistema prisional. Além disso, *deverão ser fortalecidas* e profissionalizadas as instâncias de controle e monitoramento dos estabelecimentos penais, em especial as ouvidorias e conselhos estaduais de política criminal e penitenciária, bem como *conselhos da comunidade* e outros órgãos de participação social” (cf.: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/gestao-prisional/modelo-de-gestao>, acesso em 18 de julho de 2017).

56 Não serve de fundamento, igualmente, o fato de a Defensoria Pública já estar inserida na composição oficial do Conselho da Comunidade e que, por isso, o Ministério Público ficaria dispensado de tal compromisso. Ao contrário: a presença da Defensoria Pública reforça, até pelo princípio da paridade processual, a necessidade da também e simultânea presença do Ministério Público. Dizer que o órgão fiscal não pode estar entre os que fiscaliza não convence: a fiscalização preventiva não é vedada e, em matéria de segurança pública é, antes, desejada. Asseverar que a Defensoria Pública não fiscaliza a execução é estultice: na medida em que lhe incumbe “velar pela regular execução da pena”, aí está, em essência, o desempenho de uma tarefa fiscalizadora; a discórdia quanto a essa evidência não passa de jogo de palavras ou tentativa de manipulação semântica. Aliás, um dos dicionários mais eruditos e respeitados da língua portuguesa traz, como primeiro significado do vocábulo “fiscalizar” (verbo transitivo direto) o sentido mesmo de “velar por; vigiar examinando” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. 29. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986; p. 782, terceira coluna). Por fim, cabe – outra vez mais – invocar o gênio de Chesterton (*O que há de errado... Op. cit.*, p. 26): “A partir do momento em que damos a uma nação a unidade e a simplicidade de um animal, começamos a pensar de uma maneira selvagem. Não é porque todo homem é bípede que cinquenta homens serão uma centopeia”. Ao influxo deste mesmo mote, urge assinalar que se do ponto de vista da anatomia humana é correto objetar no sentido de que um órgão não pode compor ou

A mera presença do órgão ministerial em colegiados comunitários – ainda que de modo informal e mesmo que na condição de mero observador – induz uma maior participação de importantes setores da sociedade local, justamente atraídos pela credibilidade e segurança que emanam do cargo de Promotor de Justiça; dessa presença aflora um sentimento tranquilizador geral de certeza de que a salvaguarda e prevalência dos interesses públicos indisponíveis serão bandeiras mantidas em riste. Isso fomenta um círculo virtuoso que congrega e organiza o envolvimento popular voltado para os sentidos preventivo e resolutivo de questões locais cruciais e urgentes.⁵⁷

No entanto, para que o *Parquet* transmita à comunidade o sentimento de inspiração e confiança, em quaisquer que sejam suas áreas de atuação, faz-se imprescindível que a ela demonstre, explicitamente, a consciência conceitual (em todos os seus corolários) e o domínio pragmático (em todas as suas proposições e consequências) das questões que lhe são afetas. No tocante à problemática ora tratada, com efeito, tal não é diferente, cabendo, portanto, aos membros da Instituição, para que afixem tais predicativos (e daí colham o reconhecimento social e a autoridade que lhe devem ser correspondentes), o envolver-se por inteiro no problema da execução penal.

Conhecer de perto e, além disso, interagir mesmo no próprio vivenciar congruentes à maneira de como a sociedade se relaciona com os sentenciados penais são posturas realmente imprescindíveis.

“Estar diante da” e “imersão na” percepção social-axiológica dos meios exequíveis à reintegração do reeducando na vida em comunidade fulguram atitudes capitais à abordagem completa da questão penal. Essa visão enaltece, por parte da Instituição Ministerial, a prevalência dos direitos humanos ao mesmo tempo que é consentânea à defesa da paz, sem discriminações.

Ninguém dissente da constatação que evidencia a certeza de que, de fato e *de jure*, o Ministério Público e os Conselhos da Comunidade atuam num campo comum (o da execução penal): ambos pretendem, sob compromissos assemelhados (e que não se excluem, mas que, antes, completam-se), a satisfação de objetivos homólogos e projetam, em uma idêntica dimensão de tempo e espaço, o vivenciar de ideais equivalentes.

Assentada essa baliza incontroversa, o que se tem é que o *Parquet* e os Conselhos da Comunidade estão, a respeito dessa igual demanda representada pelo problema da execução penal, como que “mutuamente cerzidos” sobre as bases de uma mesma textura; ambos então carecem – justamente naquele preciso ponto de “sutura recíproca” – de se comportarem em regime de máxima cooperação e sob a mais alta capacidade de harmonia; é desta forma que melhor viabilizam a recomposição do tecido do qual proveio o sentenciado e para o qual ele, cedo ou tarde e em piores ou melhores condições, será reinserido. O incremento das possibilidades da concórdia social espiciada pelo crime passa por esse “lugar-premissa”; por conseguinte, a união da Instituição à comunidade simboliza as mãos da plena cidadania que, a se servirem da linha do Direito e da agulha da Democracia, integralizam, indiscriminadamente, o bem comum a todos integrantes da sociedade.

O problema penal é de relevância insuspeita; nele, a questão da execução das penas assume, verdadeiramente, importância destacada. Via de consequência, se é correto dizer que ao Ministério Público incumbe tratar com distinto zelo os múltiplos aspectos daquele mesmo problema, lógico, então, que também é exato asseverar que lhe cabe sobrelevado cuidado com todos os pormenores referentes ao cumprimento da sanção criminal, aí incluindo a imperatividade da integração dos seus membros nos Conselhos da Comunidade.

estar contido em outro, tem-se, de outra banda (e em direção diametralmente oposta) que sob o prisma filosófico e sobretudo sob o enfoque das ciências sociais aquela mesma assertiva de ordem médica não ressoa com a mesma validade lógica: desde que dois ou mais organismos sociais não sejam, em sua essência, “idênticos” e nem “incompatíveis”, mas afirmativamente “complementares”, aquela possibilidade de inserção mútua é sim de todo possível e, eventualmente, até mesmo desejável. No que tange ao campo do Direito, não se pode olvidar, aquela incompatibilidade referente à presença de um órgão inserto em outro também existe como efeito decorrente de certas regras que vedam, de modo expresso, que os detentores de determinados cargos pertençam simultaneamente a certas carreiras jurídicas e ao desempenho de certas funções específicas, hipóteses que não correspondem ao caso ora esquadriado. Mais especificamente à seara própria da execução penal tem-se que a tentativa de lançar desguarnecida negativa no sentido de que, como órgão da execução da pena, o Ministério Público (art. 61, III, LEP) não pode compor outros (notadamente, o Conselho da Comunidade – art. 61, VII, LEP) representa não mais que uma tentativa irracional e insuficiente de proibição à pretensão, sobretudo quando cotejada à luz da possibilidade que foi conferida à justamente Defensoria Pública: tal instituição também é órgão da execução (art. 61, VIII, LEP) e, não obstante, aos seus membros é assegurado assento nos Conselhos da Comunidade (art. 80, *caput*, LEP). O que não soa razoável é o membro ministerial, na falta de representantes de setores da sociedade, seja simplesmente designado pelo juiz da execução à composição do Conselho da Comunidade (art. 80, P.U., LEP), mediante convocação precária e reversível *ad nutum*. Acomodada a questão nessas bitolas, indaga-se: qual o problema, afinal, de o sentenciado contar com mais uma fonte de proteção de seus direitos e de a comunidade contar com outro aliado na tutela de seus interesses? Quem vê, sob o signo do desvirtuamento, no Ministério Público um inimigo enxerga, de forma obtusa, que entre as (inexistentes) missões da Instituição estão o deliberado e gratuito propósito de prejudicar determinadas pessoas e o intencional e infundado fôto de desservir à sociedade: o detentor deste olhar grosseiro e raso está a autorizado ao repúdio da garantia de assento à Instituição no Conselho da Comunidade. E se diz assim, de maneira tão veemente, porque, a rigor, a tese ora apresentada não pretende excluir do manejo da execução penal qualquer outra Instituição, organização social ou representantes setoriais; apenas ambiciona incluir também, na condução de tão grave e delicado assunto (de interesses de todos), o Ministério Público. A Instituição pode aportar *expertise* e concorrentemente contribuir na soma de esforços que almeja por resolutividade no problema da execução penal, com francos benefícios, em última instância, à dignidade da humana, às liberdades, à segurança pública e à própria credibilidade da Justiça Criminal.

57 É sabido e ressabido que, não raro, a preocupação com os problemas atinentes ao cumprimento das penas criminais não reverte dividendos político-partidários; para muitas das mais altas autoridades representativas em nível estadual e federal, o empenho pelo atendimento dos termos da LEP não traduz expectativa de contabilização efetiva de capital eleitoral. Com isso, os impasses inerentes à execução penal vão mesmo ficando de lado, acumulando-se, até que se tornem praticamente insolúveis; neste ponto, infelizmente, a comunidade se dá conta de que caberá a ela mesma conceber, planejar, implantar e gerenciar a pauta de prioridades afetas ao tema, em real proveito à íntegra dos seus membros e em concentricidade aos próprios fundamentos, objetivos e princípios da República.

Ademais, sobressai ainda mais evidente a magnitude da inserção do assento ministerial no órgão colegiado previsto no art. 80 LEP quando são consideradas a face e a contraface política do tema: sob o primeiro aspecto, é apropriado (sobretudo no âmbito da Comarca) que o Promotor de Justiça participe das políticas-públicas relacionadas à execução penal desenvolvidas em atendimento às demandas do horizonte local, aferindo a pertinência e velando para o êxito delas; por ângulo diverso, o raciocínio se completa na medida em que não é razoável que a sociedade se veja tolhida do amparo do órgão de execução ministerial em razão de ele, por qualquer que seja o motivo, não se mostrar disposto ao entrosamento devido com a comunidade, maiormente no que diga respeito à viabilização da plena efetividade das disposições da LEP, inteiramente compreendida.

O Ministério Público, em síntese, não deve ser excluído e nem pode pretender se ausentar do panorama sócio-jurídico pertinente à execução penal: em quaisquer dos aspectos que digam respeito ao assunto, tal falta corresponde à implosão das bases concretas que possibilitam o edificar seguro dos ideais de liberdade, solidariedade e justiça, instâncias atemporais que são próprias de uma sociedade realmente plena de humanismo, anelo que tão intimamente toca à Instituição e a cada um dos seus membros.

10. REFLEXÕES FINAIS E PROPOSIÇÕES

O idealista⁵⁸, pelo fato de partir do pensamento para as coisas, não se curva diante das dificuldades objetivas. Para ele, o “se” que elogia o inviável sucumbe diante do “quando” que enaltece as possibilidades. Por outro lado, o realista – que tem na crueza do objeto a medida do seu próprio pensamento – ensimesmado em seu reduto, desdenha das proposições que visam a evolução da existencialidade em que se fia e que por tantas vezes lhe corrói.

Felizmente, no entanto, a verdade é que o autêntico *homo juridicus*⁵⁹ não se opõe a aberturas, tanto mais largas são as suas vistas quanto mais firmes as bases que fundamentam as suas reflexões.

A presente tese volta-se contra a realidade normativa que tenta, paulatinamente, neutralizar espaços de atuação social conferidos ao Ministério Público.

“A noite não cai de uma só vez”... alerta-nos, com singular agudeza, Edilson Mougenot Bonfim.

Com efeito, os movimentos de subtração das funcionalidades ministeriais avançam e, com elas, avoluma-se o breu que se pretende impingir às tintas constitucionais que erigiram a relevância do Ministério Público no Estado Democrático de Direito. Destarte, mansamente, primeiro um encolhimento aqui, na esfera da execução penal – terra jurídica tantas vezes desvigiada pelos teóricos do *Parquet* –, depois, outras tantas e maiores subtrações funcionais acolá, quiçá mesmo em diversas órbitas ainda mais proeminentes de atuação institucional.

É diária – com o dever de ser completa –, a luta pela preservação das garantias e atribuições que estruturam a íntegra do patamar de dignidade conferido, pela ordem jurídica, ao Ministério Público.

Posta a questão nestes trilhos, malgrado a tradição jurídico-legislativa nacional venha abordando o Processo Penal e a Execução Penal como se fossem distintos ramos do Direito (inclusive em face da formalização de suas regras em diplomas de regência diversos), o certo é que, do ponto de vista conceitual, o primeiro é o continente da segunda; para mais além disso, os princípios fundantes de ambas as disciplinas descendem de um mesmo domínio, qual o seja, o Direito Constitucional, tronco normativo que lhes é comum e abrangente.

É impossível, sob qualquer aspecto, tratar da execução penal desconsiderando a Constituição Federal.

Sob o influxo desta mirada, cumpre destacar que o Ministério Público, segundo os ditames da *Lex Mater*, foi e permanece ainda alçado à condição de defensor, em última análise, do próprio Estado Constitucional, *ex vi* do conceito e das funções institucionais que lhe foram confiadas pelo legislador constituinte originário. Ocorre que a *Lex Legum* deve ser entendida e

58 “O ideal é um impulso do espírito no sentido da perfeição” – asseverava Ingenieros, que mais adiante prosseguia: “Um ideal não é uma fórmula morta, senão uma hipótese perfectível; para que sirva, deve ser concebida assim, atuante em função da vida social, perpetuamente *in fieri*”. Seja como for, o homem de ideal é o oposto do homem rotineiro; para o magistral autor, “a rotina é um esqueleto fóssil, cujas peças resistem à carcoma do século. Não é filha da experiência; é a sua caricatura. A primeira é fecunda, e engendra verdades; a outra é estéril, e as mata. [...] A rotina, síntese de todas as renúncias, é o hábito de renunciar a pensar. Nos rotineiros, tudo é menor esforço; a preguiça enferruja a sua inteligência. [...] O revêrbero da originalidade cega o homem rotineiro. [...] Todos os rotineiros são intolerantes; [...] Defendem o anacrônico e o absurdo; não permitem que as suas opiniões sofram a fiscalização da experiência. Chamam herege ao que busca uma verdade, ou aspira a um ideal” (INGENIEROS, José. *O Homem Mediocre*. Rio de Janeiro: Edições Spiker, s/d; pp. 14, 73 e 77, sem omissões no original).

59 “Portanto, busca-se um ‘saber libertação’, um ‘saber mais e melhor’, a contrariar o ‘saber prisão’. Um saber que encontre razão de existir na ‘necessidade’ de uma gente e que encontre defesa em existir, na viabilização de sua execução prática. Nada do apenas e filosófico *homo theoreticus* – ‘filósofo de poltrona’ na expressão de Machado Neto – obstinado pelo valor da verdade enquanto teoria, mas a formação de um *homo juridicus* comprometido com o *praticus*” (BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997; p. 37).

respeitada em sua unidade e em seu caráter dirigente: quer isso dizer que o Ministério Público deve, no campo da execução penal, também pautar a sua atuação a partir dos fundamentos da República, visando a consecução dos objetivos dela e sempre inspirado pelos princípios que a animam.

Ora, se assim é (e mais do que isso: se assim deve mesmo ser), é óbvio que a Instituição Ministerial não pode ser alheada e nem se alhear de quaisquer dos instrumentos previstos pela lei que sejam voltados “ao” ou que se relacionem “com” o seu labor no campo da execução da pena. Ademais, nesta específica e tão delicada fase do processo, o Ministério Público, a par de atuar, não raro, em proteção ao condenado, deve também (e sobretudo) preocupar-se por operar sob o prisma da defesa dos interesses coletivos indisponíveis.

Nesta mirada, não se limitando à aposição de manifestações em autos judiciais (embora dessa missão não deva jamais descurar), nada impede e tudo recomenda que, na órbita da execução penal, o *Parquet* represente Instituição catalisadora de possíveis políticas públicas capazes de atingir funda e amplamente o problema, desde a perspectiva da garantia da segurança pública. E, nesse sentido, é imprescindível que o Ministério Público esteja medularmente envolvido na realidade social em que está escalado a funcionar.

Por outro prisma (mas correlato à abordagem), é inequívoco que os Conselhos da Comunidade integram o arsenal disponibilizado pela ordem jurídica na questão executória da pena, maiormente quando vocacionados à conciliação da dignidade da pessoa humana e o interesse indisponível da segurança pública. Tanto isso é verdade que é inexorável a tendência de incremento das competências do órgão, inclusive mediante delegação de funções fiscalizadoras referentes ao cumprimento de penas e medidas que possam ser cumpridas em meio aberto.

Seja como for, é inegável que os Conselhos da Comunidade representam sim autêntica expressão democrática, balizada pelo Direito, voltada à efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Logo, o Ministério Público deve efetivamente interagir com eles, integrando-os ativamente.

A presença da Instituição Ministerial em referidos organismos responsáveis pelo acompanhamento do cumprimento das penas, apesar de consagrada pela prática em diversas comarcas brasileiras, não é assegurada por lei, assim como o é em relação à Defensoria Pública. De todo modo, calha assinalar que aquela mesma presença institucional é plenamente conciliável ao perfil e às funcionalidades do Ministério Público – porquanto harmônica aos ditames da CR e da LEP – na medida em que lhe compete zelar pela regularidade dos serviços de relevância pública, promover e fiscalizar, em sua plenitude, a ação e a própria execução penal, além de desempenhar outras funções que forem compatíveis com sua finalidade.

Verdadeiramente e sem embargo disso, deve a Instituição primar para que figure à comunidade como importante canal de possibilidades ao aprimoramento de todos os instrumentos sociais disponíveis ao manejo da questão criminal, compreendida e concretamente considerada em sua inteireza.

Impende assinalar, ademais, que os enunciados ora articulados não visam a subtração de prerrogativas de outras Instituições oficiais e nem pretendem a ablação da autoridade de quem quer que seja; antes, preocupam-se por reforçar o fundamento da dignidade da pessoa humana e, de forma simultânea e concreta, robustecer a garantia de segurança que a própria Constituição Federal assegurou a todos e a cada um dos componentes do *corpus socialis*.

Em suma, as presentes reflexões desvelaram por resplandecer os sentidos lógico-jurídico e político-pragmático da atuação do Ministério Público nos Conselhos da Comunidade. Do ponto de vista teleológico, elas diligenciaram na reunião dos argumentos suficientes e imprescindíveis ao embasamento de seu próprio conteúdo, no plano da auto-evidência de seu inerente utilitarismo (compreendido e dissecado desde a perspectiva constitucional).

Nesse sentido, as proposições nas quais as meditações em epígrafe deságuam são tanto em prol da valorização das funcionalidades institucionais do *Parquet* quanto concêntricas à valia social que os seus membros devem concretamente desempenhar “diante do” e “imersos no” problema da execução penal.

A imprescindibilidade, portanto, da atuação do Ministério Público nos Conselhos da Comunidade, integrando-os inclusive, já não deve – em razão de todo o exposto – ser perscrutada sob o mero signo das indagações do “se”; o momento atual reclama que o “quando” seja mesmo agora.

Posto isso e por tudo o mais que nela consta, a tese, *de lege ferenda*⁶⁰, desdobra-se mediante os seguintes tópicos:

- a) Os artigos 67 e 68 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, interpretados à luz dos artigos 127, *caput* e 129, incisos I, II e IX, da Constituição Federal (compreendida, sobretudo, em sua unidade e em seu caráter dirigente) não traçam incumbências exaustivas ao Ministério Público ante ao problema da execução penal, considerado em sua inteireza;
- b) Para além da tarefa estritamente processual que incumbe ao Ministério Público (e que jamais deve ser relegada à irre-

⁶⁰ Cf., a inovação legislativa reformadora, inserta no item “e”, subscrita sob negrito.

levância), cumpre-lhe também o efetivo envolvimento no diálogo referente à tutela concreta dos interesses públicos que irradiam do problema da execução penal, inclusive no âmbito da realidade local de cada comarca: aliás, inexistente qualquer incompatibilidade – formal ou substancial – capaz de vedar essa mesma aproximação dos membros da Instituição com a própria sociedade;

- c) O Ministério Público não pode renunciar espaços sociais estratégicos ao enfrentamento das questões relativas à prevenção e combate da criminalidade, figurando o cenário da execução da pena como crucial a esta gama de temáticas indisponíveis à própria funcionalidade institucional;
- d) Como corolário, o Ministério Público não deve admitir a perda de prestígio normativo, sobretudo quando tal possa redundar num enfraquecimento institucional, num distanciamento com a sociedade ou numa posição de desvantagem com quaisquer outros organismos designados pelo próprio Estado Constitucional para, concorrentemente, desempenhar funções concernentes à execução penal;
- e) O artigo 80 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, deve ser atualizado para conter a seguinte redação: “Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, **1 (um) Promotor de Justiça indicado pelo Procurador-Geral de Justiça**, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996.
- ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 5.ed., actual. Buenos Aires: Editorial Losada, s/d.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Ed. Universidade de São Paulo, 1973.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. III. Tradução e notas: Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ed. Apresentação de Tércio Ferraz Júnior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Prefácio de Evaristo de Moraes. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint/Ediouro, s/d.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal: Parte Geral / Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Prefácio*. In: *Funções Institucionais do Ministério Público*. Organizadores Airton Buzo Alves, Almir Guasquez Rufino e José Antônio Francisco da Silva. Vários colaboradores. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. 1.ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Principios del Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.
- CHESTERTON, Gilbert K. *O que há de errado com o mundo*. Tradução de Luiza Monteiro de Castro Silva Dutra. Campinas: Ecclesiae, 2013.

- CUEVA, Lorenzo Morillas. *Teoría de Las Consecuencias Jurídicas Del Delito*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.
- DIP, Ricardo e MORAES JR., Volney Correa Leite de. *Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.
- FABREGUETTES, M. P. *A Lógica e a Arte de Julgar*. Versão de Henrique de Carvalho. São Paulo. C. Teixeira & C., 1914.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Vários colaboradores. Vários Tradutores. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. rev. e aum. 29. imp. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- FULGÊNCIO NETO, Epaminondas. *Prefácio*, in: CABRAL NETTO, Joaquim. *Guia para Concurso do Ministério Público*. 5.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- INGENIEROS, José. *O Homem Mediocre*. Rio de Janeiro: Edições Spiker, s/d.
- KUHENE, Maurício. *Execução Penal: cartas e conclusões de congressos, simpósios, encontros e seminários*. 2.ed. 2.tir. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- LYRA, Roberto. *Direito Penal Científico: Criminologia*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.
- LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 1: Primera Parte: Teorias Generales. Vol. I. Traducción de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público: Ministério Público defensor do povo*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 – 7 – 1984*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- SILVA, Evandro Lins e. *Arca de Guardados: vultos e momentos nos caminhos da vida*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- VERGARA, Pedro. *Dos Motivos Determinantes no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán – Parte General*. 11.ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile; 1970.

Outras fontes consultadas:

- <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpecp-1/composicao>, acesso: 23.jul.2017.
- <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/gestao-prisional/modelo-de-gestao>, acesso: 18.jul. 2017.
- <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/401898/noticia.htm?sequence=1>, acesso: 10.jul.2017.

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI¹

RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI*

Sumário: 1 Introdução. 2 A exigência do cumprimento imediato da decisão do júri em função da sua legitimidade popular. 3 O respeito dos direitos fundamentais pela execução provisória da pena no tribunal do júri. 3.1 Duplo grau de jurisdição: exigência de julgamento por órgão colegiado. 3.2 Plenitude de defesa: a defesa técnica persiste atuando após a condenação. 3.3 Contraditório: a bilateralidade do ato permanece garantida ao réu. 3.4 Razoável duração do processo: as funções da pena exigem o cumprimento célere da sanção criminal. 3.5 Devido processo legal processual e substantivo. 3.6 Ponderação: prevalência da segurança pública em relação à presunção de inocência do réu condenado pelo conselho de sentença. 3.6.1 Segurança pública: da prevenção à repressão de crimes. 3.6.2 Presunção de não-culpabilidade: princípio relacionado ao ônus da prova do qual se desincumbe o Ministério Público quando sobrevém a sentença condenatória. 3.6.3 Ponderação entre a segurança pública e a presunção de inocência após a condenação pelo conselho de sentença. 4 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, titular da Promotoria de Justiça de Aquidabã, atualmente exercendo as suas atribuições como Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor de Processo Penal e de Execução Penal da Faculdade Pio Décimo – FAPIDE (Aracaju/SE). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela FAPIDE. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF). Currículo Lattes:

<<http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>>. E-mail: rafaelsk@mpse.mp.br.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Habeas-Córpus² (HC) n. 126.292/SP, em fevereiro de 2016, no qual se decidiu que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Essa decisão do HC n. 126.292/SP serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes.³ Em outubro de 2016, o STF reforçou esse entendimento ao indeferir a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) ns. 43 e 44, cujo objeto versa sobre o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP). O objetivo dessas ADCs é a declaração de que a execução da pena apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em novembro de 2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 964.246RG/SP, com repercussão geral, o STF reafirmou o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Na sequência, em março de 2017, o STF, no julgamento do HC n. 140.213/SP, reprimando o entendimento sustentado no HC n. 84.336/RS (2004), decidiu que a execução provisória tem cabimento nas ações penais originárias, “uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, “h”), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária”.⁴

Assim, pacificou-se, embora não por unanimidade, o cabimento da execução provisória da pena. Contudo, não houve reflexão específica a respeito da possibilidade da execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri, imediatamente após a decisão do conselho de sentença. A exceção consistiu no HC 118.770/SP, cuja ementa, dada a relevância desse precedente ao presente trabalho, segue transcrita:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a **soberania dos veredictos** (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da **presunção de inocência** ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. **Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”** [sem grifos no original] (STF, 1ª T., HC n. 118770, Rel. Roberto Barroso, J. em 07/03/2017)

Com efeito, a especialidade do tribunal do júri demanda um entendimento diferenciado em relação à execução provisória da pena. A soberania dos veredictos, a qual decorre do caráter democrático do júri, e a proporcionalidade, vista enquanto proibição da proteção insuficiente, permitem a execução provisória da pena logo depois da decisão dos jurados, o que justifica o interesse do presente trabalho.

O objetivo deste artigo consiste em demonstrar a compatibilidade da execução provisória da pena, no tribunal do júri, imediatamente após a decisão condenatória do conselho de sentença, com a Constituição Federal. A interpretação sistemática desta prima pela sua unidade. Para tanto, mediante análise documental e revisão bibliográfica, sustentam-se duas hipóteses. A primeira advoga que o aspecto democrático do júri, o qual ampara a soberania dos veredictos, justifica que a sua decisão seja cumprida imediatamente, sem a necessidade de aguardar o julgamento de eventual apelação interposta contra a sentença condenatória. Já a segunda hipótese argumenta que a execução provisória da pena respeita os direitos fundamentais, inclusive

2 Sobre a forma hábeas-córpus, Kaspariy ensina: “Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em córpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc”. (KASPIRY, 2005, p. 115-116.)

3 STF, 2ª T., AR n. 737305, Rel. Gilmar Mendes, J. em 28/06/2016; STJ, 5ª T., HC n. 346.721/MG, Min. Felix Fischer, J. em 01/09/2016.

4 Este também é o atual entendimento do STJ: STJ, 5ª T., HC n. 383.616/RJ, Rel. Reynaldo Fonseca, J. em 28/03/2017; STJ, 5ª T., HC n. 388.863/AP, Rel. Ribeiro Dantas, J. em 06/06/2017.

o princípio da presunção de inocência⁵, o qual deve ser ponderado, por intermédio da proporcionalidade, enquanto proibição da proteção deficiente, com a segurança pública. Nessa ponderação, privilegia-se a segurança pública mediante a execução provisória da pena em relação ao réu a quem, não obstante, continua garantida a plena defesa.

2. A EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO DO JÚRI EM FUNÇÃO DA SUA LEGITIMIDADE POPULAR

O tribunal do júri tem natureza dúplice. Trata-se de direito fundamental do réu de ser julgado pelos seus pares, e não por um juiz direito, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Na condição de direito fundamental, o júri constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), motivo por que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico.

Mas o júri também se afigura como um “direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar os seus infratores”. (CAMPOS, 2010, p. 4). Mais do que um direito social, todavia, o júri é um sustentáculo da democracia. Na condição de órgão constitucional, ele constitui legítima manifestação de soberania popular relacionada à democracia participativa. (NASSIF, 2008). Enquanto o magistrado presidente faz uma representação indireta do povo, o conselho de sentença traduz representação direta do povo (TUCCI, 1999, p. 35), que é próprio titular do poder executivo, legislativo e judiciário (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Com efeito, ao lado do plebiscito, do referendo e da iniciativa legislativa popular, o júri caracteriza-se por ser um instrumento de participação direta do cidadão no Poder Judiciário, pois “no Júri o povo exerce a função jurisdicional de maneira direta, sem intermediários”. (VIVEIROS, 2003, p. 59). Assim, enquanto o magistrado “exerce a função jurisdicional – que é função do Estado, e não do órgão que a manifesta – por delegação do poder político, a jurisdição do Júri é exercida diretamente pelo titular originário deste poder: o povo, o que lhe confere autêntica legitimidade popular”. (VIVEIROS, 2003, p. 68-69).

A administração da justiça diretamente pelo povo, por intermédio do tribunal do júri, é fruto do princípio democrático. (RANGEL, 2015, p. 19). Bobbio caracteriza a participação política do povo como liberdade positiva, quando o povo toma decisões, o que se relaciona a uma dimensão coletiva da sociedade. Na liberdade negativa, ao revés, o titular goza apenas de direitos, no mais das vezes, de feição negativa, a exemplo da liberdade de opinião. Sob essa óptica, a liberdade negativa está relacionada a uma concepção individual da sociedade, pois exalta o indivíduo, que é titular de direitos. (BOBBIO, 1997, p. 62).

Por outro lado, o júri não é órgão do Poder Judiciário, segundo sustenta Nassif, porquanto, além de não estar previsto no art. 92 da CF, ele não está submetido ao dever de fundamentar as suas decisões, o qual é exigível dos magistrados (art. 93, IX, da CF). E o fato de ele ser presidido por um magistrado não tem o condão de torná-lo órgão do Poder Judiciário. O raciocínio é o mesmo no caso dos crimes de responsabilidade (*impeachment*), em que o Senado, apesar de ser presidido pelo presidente do STF, não se converte em órgão do Poder Judiciário. (NASSIF, 2008, p. 25-28).

Diante desses argumentos, constata-se que o júri reforça a democracia ao permitir que o cidadão participe do governo, notadamente ao conceber a participação direta do cidadão na administração da justiça.

Apresentada a natureza jurídica do tribunal do júri – direito fundamental do réu e instrumento de democracia participativa –, observa-se que, como o povo é titular do Poder (tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário), tem direito a exercê-lo. Por conseguinte, devem-se evitar restrições ao exercício desse direito, sob pena de ofensa direta à democracia. Vale dizer: a desconsideração da vontade da sociedade, traduzida pela decisão do conselho de sentença, enfraquece a democracia.

Justamente para evitar uma limitação excessiva do direito de a sociedade participar na administração da Justiça, por intermédio do júri, a Constituição Federal outorgou soberania ao veredicto decorrente do seu julgamento. Soberania está ligada à ideia de poder supremo, o qual, se exercido de forma coerente com os ideais do povo, não comporta restrição. Logo, o que fundamenta a soberania dos veredictos do júri é o aspecto democrático deste.

Designadamente, a soberania do júri representa o objetivo do constituinte originário de conferir às decisões do Júri popular o “caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão do Estado. Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificado pelos juízes profissionais”. (VIVEIROS, 2003, p. 23). Por essa razão, a apreciação do fato criminoso é de competência exclusiva do conselho de sentença, tanto que as hipóteses de recurso contra a decisão do júri são mais restritas, de fundamentação vinculada a uma das quatro situações do art. 593, III, do CPP, ou seja, quando: *a*) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; *b*) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; *c*) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; e *d*) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Dessas quatro, apenas a prevista na alínea *d* permite a revisão – parcial – do entendimento dos jurados quanto à materialidade e à autoria do crime, mas somente quando a decisão for *manifestamente*

⁵ Este trabalho segue a linha doutrinária, a exemplo de Nucci e Nicolitt, que considera presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência sinônimos. (NUCCI, 2006, p. 53; NICOLLIT, 2014, p. 150). Registra-se, contudo, a existência de doutrina que estabelece diferenciação a respeito. Por todos, vide Rangel. (RANGEL, 2010, p. 25).

contrária à prova dos autos. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[d]ecisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.”⁶ Nesse caso, entretanto, para garantir a soberania do júri, a revisão do entendimento dos jurados é apenas parcial, pois o juízo *ad quem* se limita a fazer o juízo rescindendo e determina o retorno dos autos a um novo conselho de sentença, o qual apreciará o fato e decidirá (art. 593, § 3º, do CPP). Por consequência, a conclusão do conselho de sentença não pode ser alterada pelo tribunal *ad quem*.

De fato, a inalterabilidade da conclusão dos jurados sobre o fato criminoso sob julgamento decorre da soberania dos veredictos. Todavia, na medida em que o júri representa um instrumento da democracia participativa, o raciocínio deve ir além. Não devem ser admitidas manobras, quaisquer que sejam, tendentes a restringir a participação popular na administração da Justiça Criminal. Uma dessas manobras consiste justamente em não conferir efeito imediato à vontade soberana dos jurados quando eles decidem pela condenação do réu.

O não cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença constitui séria e inadmissível ofensa à democracia. A expedita prisão do réu, após a decisão condenatória do conselho de sentença, traduz o exercício da função dos jurados (cidadãos) de julgar. Essa decisão, em função da sua soberania, é praticamente irrevisável quanto à conclusão dos jurados sobre o fato criminoso julgado (materialidade e autoria), tirante a exceção da apelação fundada no art. 593, III, *d*, do CPP. Mesmo nessa exceção, impõe-se a elisão do efeito suspensivo da apelação em nome da defesa da democracia, considerando principalmente a interpretação restritiva sobre o conceito de decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos, que vem a ser aquela que não encontra amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída do processo.

Do contrário, o poder, incluindo o jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – será um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Qual a serventia da titularidade do poder, então?

De outra parte, a parcela de responsabilidade do conselho de sentença pela sentença (condenatória) exige o seu cumprimento imediato. Ora, se os jurados – apenas eles – são responsáveis pela decisão quanto ao fato criminoso, e porque essa decisão não pode ser modificada pelos magistrados togados, ela deve ser cumprida imediatamente. A propósito, com mais razão ainda, o entendimento deve ser o mesmo para a hipótese de absolvição pelo conselho de sentença: inexistente alternativa que permita a continuidade da prisão eventualmente já decretada.

Registra-se que a prisão imediata do réu condenado já era consequência decorrente da soberania do júri prevista no processo penal romano, talvez a primeira forma de julgamento colegiado, pelo sistema do júri, que o mundo conheceu. Nesse processo, “a sentença era (alias, só podia ser...) emitida com base na votação [dos jurados], e não ficava sujeita a qualquer espécie de revisão, exceto à *restitutio in integrum*, pronunciada por magistrado superior”, em casos de vícios formais apenas, como a incompetência do órgão julgador, mas nunca com reapreciação do fato. (TUCCI, 1999, p. 15-16).

Por outro lado, dada a semelhança do júri com o plebiscito e o referendo, especialmente a sua feição democrática enquanto instrumento da democracia participativa, o mesmo tratamento deve ser aplicado a esses três institutos. Assim, se se confere efeito imediato ao resultado do plebiscito e do referendo – depois da votação, o cumprimento do resultado não fica no aguardo de alguma providência –, o mesmo procedimento deve ser adotado quanto à decisão do tribunal do júri.

O respeito à soberania do veredicto do júri é obtido quando a vontade soberana dos jurados é cumprida, desde logo. Assim, na hipótese de decisão de condenação, a prisão do réu deve ser imediata.

Chega-se, portanto, à primeira conclusão parcial deste trabalho: o caráter democrático do tribunal do júri exige o cumprimento imediato da sua decisão, ainda que em caráter provisório.

3. O RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A execução provisória da pena, no tribunal do júri, respeita os direitos fundamentais, circunstância que revela a sua constitucionalidade.

Em um primeiro momento, analisar-se-á a observância dos direitos fundamentais consistentes no duplo grau de jurisdição, na ampla defesa, no contraditório, no devido processo legal e na razoável duração do processo. A escolha desses direitos fundamentais justifica-se porque uma leitura perfunctória do art. 5º da CF sugere uma influência da execução provisória sobre eles.

⁶ STJ, 5ª T., HC n. 358.963/PR, Rel. Reynaldo Fonseca, J. em 01/06/2017.

Em um segundo momento, será feito um estudo específico sobre a segurança pública e a presunção de inocência, notadamente quanto à ponderação entre elas a ser exercida mediante a proporcionalidade, enquanto proibição da proteção insuficiente. Nessa colisão, a segurança pública prevalece e justifica a execução provisória da pena do réu, a quem, contudo, continua garantida a plenitude de defesa. Escolheu-se o princípio da presunção de não-culpabilidade porque ele consiste, para o posicionamento que inadmita a execução provisória da pena, no maior óbice a esta⁷; e elegeu-se a segurança pública porque, à guisa da fundamentação abaixo, ela é um dos principais fatores permissivos da execução provisória.

3.1 Duplo grau de jurisdição: exigência de julgamento por órgão colegiado

Ensina-se que o duplo grau de jurisdição assegura a revisão da matéria fática, além da de direito, por um órgão hierarquicamente superior ao prolator da decisão. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 23). Todavia, o STF entende que esse princípio não é absoluto, comportando exceções, dadas as hipóteses de ações penais originárias, nas quais sucede o julgamento em única instância⁸. São as hipóteses previstas no art. 102, I, *b* e *c*, da CF. Assim, “há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais”. (MORAES, 2006, p. 73). Isso ocorre porque esses recursos não examinam a matéria de fato que subjaz a demanda.

Não obstante, o duplo grau de jurisdição foi adequadamente analisado por Douglas Fischer, no sentido de que o princípio em tela apenas assegura um julgamento por órgão colegiado, seja originariamente, seja em grau recursal. O objetivo reveste-se de caráter político e consiste em evitar os riscos de injustiças decorrentes de decisão exarada por um juízo monocrático, que, justamente por decidir sozinho, estaria sujeito a uma probabilidade maior de cometimento de erros. (FISCHER, 2009, p. 16).

Essa conceituação permite entrever o duplo grau de jurisdição mesmo nas ações penais que envolvem prerrogativa de foro no STF, já que, apesar da instância única, o julgamento é realizado por um órgão colegiado. Da mesma forma, o duplo grau de jurisdição é exercido no tribunal do júri, pois a decisão final já é dada por um órgão colegiado: os sete integrantes do conselho de sentença. É por esse motivo, aliás, que a revisão pelos magistrados togados sobre o entendimento dos jurados quanto ao fato criminoso só é possível se ela for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Se a decisão sobre o fato criminoso não for *manifestamente* contrária, ela é irrevisável, a despeito de haver sido tomada por um órgão judiciário de primeiro grau – mas colegiado.

3.2 Plenitude de defesa: a defesa técnica persiste atuando após a condenação

A plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, da CF) cuida da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) aplicada no âmbito do tribunal do júri. É assegurada mediante o exercício da autodefesa, que é renunciável, e da defesa técnica, a qual é irrenunciável. Aquela tem lugar, por excelência, no primeiro grau de jurisdição (ou no grau originário), pois é exercida mediante o direito de presença – acompanhamento de toda a instrução probatória – e o direito de audiência – direito de ser ouvido pelo julgador, o que ocorre no interrogatório. A defesa técnica, por sua vez, é garantida mediante o patrocínio por advogado, a qual se justifica na presunção de hipossuficiência jurídica do sujeito passivo para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. (LOPES JR., 2012, p. 243). A defesa técnica tem lugar durante todo o processo de conhecimento, avançando inclusive para o de execução, dada a imprescindibilidade da presença do advogado para a prática de qualquer ato que possa resultar em prejuízo ao réu.

Por conseguinte, considerando que o réu mantém a sua (plena) defesa garantida por advogado na hipótese da execução provisória da pena, esta não implica nenhuma ofensa ao princípio da plenitude de defesa.

3.3 Contraditório: a bilateralidade do ato permanece garantida ao réu

O contraditório representa a bilateralidade do ato processual. É o instituto que permite ao sujeito contra quem é deduzida alguma pretensão apresentar a sua defesa. Assegurando-se condições de igualdade à acusação e à defesa, o processo judicial confere iguais chances a elas para permitir “a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz [incluindo os jurados] e, assim, para o provimento final almejado”. (OLIVEIRA, 2009, p. 38). Para tanto, as partes litigantes devem ser informadas acerca dos atos processuais.

7 Por todos, deve ser conferido o seguinte julgado: STF, Trib. Pleno, HC 84.078/MG, Rel. Eros Grau, J. em 05/02/2009. Por esse hábeas-cópus, que se transformou em paradigma entre os anos de 2009 e 2016, o STF, revisando o seu entendimento sustentado desde a Constituição Federal de 1988 (STF, HC n. 67707/RS, Rel. Celso de Mello; STF, HC n. 67857/SP, Rel. Aldir Passarinho), argumentou que o princípio da presunção de inocência impedia a execução provisória da pena. Contudo, em 2016, por intermédio do HC n. 126.292/SP, como já apontado, o STF voltou a permitir a execução provisória da pena.

8 Nesse sentido, confirmaram-se os seguintes julgados: STF, Trib. Pleno, RHC 79785, Rel. Sepúlveda Pertence, J. em 29/03/2000; STF, 2ª T., AI 601832 AgR, Rel. Joaquim Barbosa, J. em 17/03/2009.

Sob a óptica da defesa, esta é intimada, já na sessão de julgamento, sobre a sentença condenatória do magistrado que, cumprindo a vontade soberana dos jurados, deve determinar a execução provisória da pena. Em decorrência dessa intimação, a defesa já poderá valer-se de medidas processuais para combater o mandado de prisão que reputa ilegal. Por essa razão, a propósito, constou, na ementa colacionada na introdução deste trabalho, que, “[c]aso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso”.

A execução provisória respeita, portanto, o contraditório.

3.4 Razoável duração do processo: as funções da pena exigem o cumprimento célere da sanção criminal

Os direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF pertencem, evidentemente, aos réus dos processos em geral. Contudo, a sociedade, sob o ponto de vista coletivo, também é titular deles. Assim, enquanto o réu tem o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), a sociedade também o tem. E deve exigir a sua observância por parte de todos, tanto do particular, para que não provoque medidas meramente protelatórias no curso do processo, quanto das autoridades públicas, para que não tardem em implementar os seus direitos.

De outra parte, a pena criminal tem uma função dúplice: punitiva, no sentido de castigar o réu que cometeu um crime, e preventiva, sob os aspectos da prevenção geral (incentivar as pessoas para que não pratiquem crimes) e da prevenção especial (admoestar o próprio réu para que não reincida na prática delitiva).

Para o desempenho das suas funções, é essencial que a aplicação da pena não seja temporalmente muito distante da prática do crime. Sobretudo no júri, a mora no julgamento é diretamente proporcional à elevação do aumento das chances de absolvição. A sociedade não logra entender o motivo da aplicação de pena a um réu que, há muito tempo, cometeu um único desvio, qual seja, um homicídio. Sem reincidir na prática criminoso, esse réu, anos depois, constituiu família e tem vida social e profissional regulares. Em processos desse jaez, há uma cediça tendência de os jurados absolverem o réu. A propósito, esta foi exatamente a conclusão de um estudo estatístico sobre os processos envolvendo crimes dolosos contra a vida: “Quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do tribunal do Júri ultrapassa 8 anos aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu”. (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017, p. 11).

Dessa forma, a execução provisória atende ao princípio da razoável duração do processo.

3.5 Devido processo legal processual e substantivo

O devido processo legal “processual” representa a observância de um procedimento previamente estabelecido em lei para que o processo judicial chegue ao seu termo. A execução provisória da pena, no tribunal do júri, é consequência do procedimento estabelecido pela lei, resultando da exegese já apresentada neste trabalho: para garantir o respeito à democracia, num contexto em que a decisão soberana do conselho de sentença já é tomada por órgão colegiado e pode ser revista, quanto ao fato criminoso, apenas na restrita hipótese de ela ser *manifestamente* contrária à prova dos autos, é necessário o cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença. E a atual legislação processual permite essa execução imediata.

Já pelo devido processo legal “substantivo”, o STF tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os atos normativos submetidos ao seu crivo. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica poderá ter sindicada a sua validade constitucional se acusada de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (ou do devido processo legal substantivo). (ALVES JR., 2014, p. 114).

No item abaixo, será realizado o estudo da proporcionalidade da execução provisória da pena no âmbito do tribunal do júri.

3.6 Ponderação: prevalência da segurança pública em relação à presunção de inocência do réu condenado pelo conselho de sentença

Após a exposição que será feita da segurança pública e da presunção de inocência, apenas nos aspectos pertinentes ao presente trabalho, será estudada a ponderação que deve ser realizada entre elas a fim de resolver o conflito que se estabelece em se tratando da execução provisória da pena no júri.

3.6.1 Segurança pública: da prevenção à repressão de crimes

A segurança pública constitui direito fundamental individual (art. 5º, *caput*, da CF). Entendida como direito de primeira geração – cunho negativo –, ela exige do Estado uma abstenção para não turbar a liberdade de cada indivíduo. Por essa razão, exemplificativamente, é defeso ao juízo criminal conceder uma medida cautelar se inexistente o *fumus comissi delicti* (art. 312, *in fine*, do CPP).

Além disso, a segurança pública consiste em direito fundamental coletivo (art. 6º, *caput*, da CF). Como direito de segunda geração – cunho positivo –, ela exige dos seus destinatários que empreendam ações positivas para garantir a segurança de todos. Aqui, já se pode iniciar a materialização de um verdadeiro dever de o Poder Judiciário também primar pela garantia da segurança pública.

Em continuação, a segurança pública traduz objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I e IV, da CF). Pela posição topográfica desse art. 3º, que vem logo depois de a Constituição Federal afirmar que “[s]ão poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da CF), percebe-se que o Judiciário, por ser um dos Poderes integrantes da República, está plenamente vinculado aos objetivos de construir uma sociedade livre e justa bem como de promover o bem de todos.

A essa altura, já é possível a cogitação acerca de um princípio, no sentido vulgar, de segurança pública, ou seja, como um valor ideal a ser perseguido pelos destinatários da Constituição Federal.

Lado outro, a segurança, estando prevista no preâmbulo da Constituição Federal, deve ser vista como elemento de interpretação e de integração. Segundo Alexandre de Moraes, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, porquanto deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, sendo, portanto, uma de suas linhas mestras interpretativas. (MORAES, 2006, p. 15). Em consequência, toda e qualquer interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a presunção de não-culpabilidade, deve observar a segurança.

No sistema penal pátrio, a segurança tem um viés preventivo, notadamente exercido pela Polícia Militar (e pela Polícia Federal, no âmbito da União), e um viés repressivo. Este é desempenhado pelos três Poderes. Pelo Poder Executivo, na figura da polícia civil, a quem compete investigar as condutas criminosas. Pelo Poder Legislativo, mediante a edição de leis penais incriminadoras que se destinam a resguardar as violações mais graves aos direitos fundamentais.

Já pelo Poder Judiciário, a segurança também deve ser desempenhada, pois ele integra o Estado, a quem a Constituição incumbiu da proteção dos direitos dos indivíduos. O julgamento do processo criminal e a execução da sanção estão ontologicamente relacionados à pena criminal, que tem a função, inclusive constitucional, de defender os direitos fundamentais. Como é o Poder Judiciário quem detém o monopólio na realização dos julgamentos e na determinação da execução penal, ele é corresponsável pela garantia da segurança pública. Acertadamente, então, o “dever de garantir a segurança está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. (FISCHER, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “resta indubitosa a existência do direito da sociedade-coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”. (LIMA, 2015, p. 318).

É claro que a atuação do Poder Judiciário, no tocante à segurança pública, é subsidiária, e não principal. Segundo a visão de Carvalho, o Judiciário tem a função residual de segurança pública quando ela for consequência de uma regular função jurisdicional: “No entanto, essa função residual só se legitima se a decisão for produzida como produto de uma adequada ponderação de bens, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, para proteger bens constitucionais concretamente ameaçados.” (CARVALHO, 2006, p. 223).

Assim, a segurança pública envolve, concomitantemente, a prevenção e a repressão de condutas criminosas. A repressão, especialmente, pressupõe um sistema judiciário eficaz, que, quando comprovada a culpabilidade do criminoso, implique a sua punição, em tempo razoável.

3.6.2 Presunção de não-culpabilidade: princípio relacionado ao ônus da prova do qual se desincumbe o Ministério Público quando sobrevém a sentença condenatória

Positivada no art. 5º, LVII, da CF, a famigerada presunção de não-culpabilidade ou de inocência consiste em regra de tratamento ligada ao ônus da prova, e não em regra de direito material. Ela simplesmente impõe todo o ônus da prova quanto à materialidade e à autoria do crime ao acusador. Segundo Nucci: “O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”. (NUCCI, 2006, p. 53).

Ferrajoli, ao estudar o princípio da inocência enquanto regra de juízo, atrela-o ao sistema acusatório, no qual a verdade é relativa ou formal, sendo estabelecida por intermédio do embate de argumentos entre a acusação e a defesa. Pontualmente,

ele aduz que, “[s]endo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”. (FERRAJOLI, 2014, p. 562).

Da presunção sob exame, origina-se o *nemu tenetur se detegere*, pois o agente, de fato, não tem qualquer obrigação ou dever de colaborar na investigação do fato. Trata-se, ainda, de típico direito fundamental de primeira geração, de feição negativa e ligado à liberdade, impondo abstenção do Estado.

Quando sobrevém a sentença condenatória, o órgão acusador já se desincumbiu, por completo, do seu ônus de demonstrar ao julgador a existência da materialidade e da autoria. Já aqui se denota que a execução provisória da pena – que apenas pode ocorrer *após* a sentença condenatória – em nada afeta a presunção de inocência.

Todavia, existe uma leitura isolada e pontual do art. 5º, LVII, da CF, que leva à conclusão equivocada sobre a impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No limite desse entendimento, as prisões eminentemente cautelares, tais como a temporária (Lei n. 7.960/1989) e a preventiva (art. 311 do CPP) restariam inviabilizadas.

Demonstrar-se-á, mais adiante, que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, preferível em relação à interpretação meramente gramatical, revela esse equívoco e conduz à conclusão diversa.

3.6.3 Ponderação entre a segurança pública e a presunção de inocência após a condenação pelo conselho de sentença

Segundo Scarance Fernandes, a harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública é uma das tendências do direito processual penal contemporâneo, que busca o equilíbrio entre assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos fundamentais e dotar os sistemas persecutórios de maior eficiência para fins da segurança social. Nesse ponto, os direitos fundamentais da liberdade e da segurança conferem aos indivíduos o direito a que o Estado atue positivamente para estruturar órgãos e criar procedimentos que, concomitantemente, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade. (FERNANDES, 2008, p. 231-233).

Mir Puig também fala da necessidade de conciliação de princípios contrapostos: a “necessidade de limitar a potestade punitiva estatal frente ao cidadão, submetendo-a ao império da lei e ao respeito de todos os direitos fundamentais, e a proteção eficaz frente ao delito, entendido como ataque a direitos e interesses pessoais ou coletivos dos cidadãos” (tradução nossa). (PUIG, 2011, p. 59).

A colisão entre princípios é solvida, em cada caso concreto, pela técnica da ponderação. Como os direitos fundamentais, pela sua estrutura, “são o exemplo mais claro de princípios que temos no ordenamento jurídico”, a colisão entre eles ou entre princípio e direito fundamental também se soluciona pela ponderação. (PULIDO, 2013, p. 93). Ademais, a ponderação igualmente tem cabimento para a solução de conflitos envolvendo bens coletivos, a exemplo do meio ambiente ou da segurança pública. (ALEXY, 2014, p. 181-182). Em todos esses casos, a ponderação decorre, fundamentalmente, da característica de os princípios, direitos ou bens coletivos em colisão serem *abstratos*, circunstância que demanda sua limitação ou restrição para fins da harmonização pretendida. (ALEXY, 2015a, p. 48).

Ponderação, segundo Pulido, é a “atividade consistente em sopesar dois princípios que entram em colisão em um caso concreto para determinar qual deles tem um peso maior nas circunstâncias especificadas e, portanto, qual deles determina a solução para o caso”. (PULIDO, 2013, p. 93). É inarredável o estudo da *lei da ponderação* ou *lei do sopesamento*: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 2015b, p. 167).

Para a análise da ponderação, deve ficar consignada a inexistência de princípios com valor absoluto. Nem mesmo a vida é um direito absoluto, tendo em vista o cabimento da pena de morte, no caso do art. 5º, XLVII, da CF, e do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, no art. 128, II, do CP. Conforme Alexy, inexistente princípio com valor absoluto porque princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das suas possibilidades fáticas e jurídicas, o que revela o seu caráter *prima facie*, e não de mandamento definitivo. Logo, princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”. (ALEXY, 2015b, p. 90, 103-104). Se uma das características fundamentais dos princípios consiste na variabilidade da sua satisfação, o princípio absoluto, por ser invariável, não pode existir.

Da inexistência de princípios e direitos com valor absoluto, tem-se que o intérprete deve, sempre, se valer de uma interpretação sistemática das normas. Nenhuma norma deve ser interpretada isoladamente, como se não estivesse inserida num contexto normativo maior que lhe dá sentido e suporte. (BOBBIO, 1999, p. 19). Exatamente por isso, o ex-ministro do STF Eros Grau ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. (GRAU, 2006, p. 44). Logo, nenhum direito fundamental – nem mesmo o que garante a liberdade – pode ser interpretado “em tira”, como se não estivesse inserido num contexto no qual outros direitos possam entrar em rota de colisão com ele.

A proporcionalidade, por sua vez, consiste na ferramenta pela qual se faz a ponderação entre princípios que colidem entre si. Sua natureza jurídica é de postulado normativo, ou seja, uma “metanorma”. Postulados são, para Ávila, “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. (ÁVILA, 2004, p. 90). Vale dizer, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

A proporcionalidade, teoria decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2005, p. 3), pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Übermassverbot*), de cunho negativo, ou seja, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva ou desarrazoada sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2004, p. 90).

Todavia, cada vez mais ganha importância a utilização da proporcionalidade como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como *proibição de insuficiência*. (SILVA, 2002, p. 41). Assim, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros. (SARLET, 2005, p. 3). Conforme Maria Streck, a proibição de proteção deficiente permite ao jurista verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental, pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados. (STRECK, 2009, p. 101).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção (“se” existe o dever de proteção) –, analisa-se se há um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência (“como” se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade. Tais medidas, tendo em vista o seu cunho regulamentador, não são de competência da Constituição, mas da legislação ordinária. É exatamente nesse ponto que sucede a vinculação do próprio Poder Judiciário à proibição de insuficiência: a interpretação e a integração do direito, visto este como a legislação, são tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, as quais são essenciais para a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Se o juiz não cumprir a sua tarefa, “se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”. (CANARIS, 2012, p. 124).

A essa quadra, afigura-se essencial compreender que, no Brasil, o dever de garantir a segurança está positivado na Constituição (primeiro nível – imperativo de tutela). Já o legislador ordinário brasileiro se desincumbiu do seu dever de proteção, visto no segundo nível (proibição de insuficiência), ao aprovar legislação que permite ao tribunal de justiça ou ao tribunal regional federal suspender a execução provisória da pena no tribunal do júri que tenha fortes indícios de nulidade até o julgamento da apelação, conforme decidido no HC n. 118.770/SP. Explica-se: a possibilidade dessa suspensão significa que, nos casos em que ela não ocorrer, a execução provisória da pena é devida e justificada para os fins de garantia da segurança pública. Essa foi a escolha feita, validamente, pelo legislador ordinário.

Em seguimento, é a vez de o Poder Judiciário, mediante a interpretação e a integração do direito posto, desincumbir-se da sua tarefa para realizar o imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, ele utiliza a proporcionalidade.

Um estudo completo sobre a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em relação à proibição de insuficiência foi apresentado por Pulido. Após a analisar a adequação – se a restrição a um direito fundamental promove ou não a finalidade – e a necessidade – qual, entre todas as medidas, é a menos restritiva –, ele conclui quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

Uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito **quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...]** Está proibido que a intensidade em que não se garanta um direito de proteção seja intensa e que a magnitude da não intervenção na liberdade ou em outro direito de defesa seja leve ou média, ou que a intensidade da não proteção seja média e a não intervenção seja leve. [sem grifos no original]. (PULIDO, 2013, p. 134)

A análise a ser realizada deve considerar a seguinte colisão: de um lado, o valor liberdade, representado pela presunção de inocência, a qual, constituindo princípio, comporta gradação segundo as condições fático-jurídicas vigentes; de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, em tempo razoável, do sujeito cuja culpabilidade foi reconhecida por um órgão colegiado mediante decisão impregnada de democracia. Como harmonizar os valores envolvidos nessa colisão?

No caso sob análise, o magistrado observará que foram respeitados o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal processual e a presunção de não-culpabilidade, conforme explanado acima. Já no atinente à segurança, o juiz observará a necessidade, além da celeridade processual, a própria efetividade processual, no sentido de o processo criminal chegar a seu termo, dando uma satisfação à sociedade, a qual, em caso de procedência da denúncia criminal, fica reconhecida como vítima do crime praticado pelo réu.

Nessa colisão, é fundamental compreender que a culpabilidade não mais comporta discussão, estando definitivamente assentada, nas hipóteses da apelação interposta com fundamento no art. 593, III, *a, b e c*, do CPP. Porque essas hipóteses não dizem respeito ao fato criminoso em si e porque, no júri, a apelação é vinculada aos fundamentos da sua interposição (Súmula n. 713 do STF)⁹, a decisão dos jurados quanto ao fato – frisa-se que a culpabilidade é matéria fática – não comporta sequer o juízo rescindendo pelo tribunal *ad quem*. Por consequência, eventual absolvição ou extinção da punibilidade, nessa fase processual, não decorrerá da negação da culpa.

Já se a apelação for interposta com base no art. 593, III, *d*, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), já se verificou que o tribunal *ad quem* exerce apenas o juízo rescindendo, deixando de lado o juízo rescisório sob pena de invadir a competência constitucional do tribunal do júri. Mesmo nesse caso, todavia, o caráter democrático que impregna a decisão recorrida exige, em primeiro lugar, uma interpretação restritiva sobre o cabimento da apelação nessa hipótese. Em segundo lugar, esse caráter democrático exige que se cumpra, na maior medida possível, a vontade do conselho de sentença já representada pela sua decisão condenatória soberana. A forma para tanto consiste no afastamento do efeito suspensivo da apelação, a qual remanescerá apenas com o efeito devolutivo.

Dessa forma, a presunção de culpabilidade deve sofrer uma variação na sua aplicação, justamente porque depende das condições fático-jurídicas então existentes. A condição fático-jurídica da impossibilidade de discussão da culpa (art. 593, III, *a, b e c*, do CPP) ou a condição da restrição da revisão pelo tribunal *ad quem* sobre o entendimento do conselho de sentença (art. 593, III, *d*, do CPP) permitem a relativização desse princípio, desde que o seu núcleo seja preservado. É exatamente isto o que ocorre com a execução provisória da pena no âmbito do júri: o réu continua sendo tratado como inocente, pois nenhum dos efeitos da sentença penal condenatória lhe é aplicado, à exceção da pena privativa de liberdade, providência que se justifica para fins da segurança pública.

Segundo a proporcionalidade sob o viés acima apresentado por Pulido, a execução provisória da pena, após a condenação pelo conselho de sentença, é medida proporcional, ao contrário do enaltecimento absoluto da presunção de não-culpabilidade de forma a exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória. Prova-se: caso se exija o trânsito em julgado para fins da execução provisória em relação ao réu cuja culpa já foi demonstrada de forma definitiva ou por maneira em que o juízo rescindendo, apenas, é sujeito a uma interpretação restritiva, o grau de realização da não-intervenção estatal na liberdade do réu é inferior ao grau de realização da segurança pública, para a qual é necessário o desfecho célere e eficaz do processo penal.

Essa interpretação, outrossim, observa a concordância prática e realiza de forma máxima os princípios então tensionados, consideradas as circunstâncias fático-jurídicas: de um lado, culpa já reconhecida por um órgão colegiado mediante decisão revestida de alto caráter democrático e, de outro lado, segurança que exige o julgamento célere e o cumprimento da pena. Além disso, demonstrada a sua proporcionalidade, está evidenciado, *ipso facto*, o respeito ao princípio do devido processo legal substancial.

Em outra toada, destaca-se que a força normativa da Constituição Federal igualmente exige que o Poder Judiciário pautar suas decisões pela realização da segurança. Com efeito, a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E a Constituição justamente adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. (HESSE, 1991, p. 11-19).

Dessa forma, a Constituição Federal impõe, entre outras, duas tarefas ao Poder Judiciário: proteger a liberdade dos indivíduos mediante a presunção de não-culpabilidade bem como realizar a segurança pública. Nesse caso, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”. (HESSE, 1991, p. 22). Observada a colisão já identificada entre a presunção de não-culpabilidade e a segurança, tendo-se em conta o caráter variável de realização desses princípios, a ótima concretização deles depende das condições fáticas e jurídicas existentes ao momento da operação. Ao sopesar tais condições, como realizado acima, verifica-se que a segurança pública prevalece em relação à presunção de inocência.

Assim, a “vontade de Constituição” (HESSE, 1991) demanda do Poder Judiciário a execução da pena após a decisão condenatória estabelecida pelo conselho de sentença, no âmbito do tribunal do júri.

Chega-se, portanto, à segunda conclusão parcial deste trabalho:

⁹ O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

4 CONCLUSÃO

A execução provisória da pena, na seara do tribunal do júri, imediatamente após a decisão condenatória do conselho de sentença, é constitucional. Ela decorre do caráter democrático do conselho de sentença, que exige a sua decisão seja cumprida, em todos os seus efeitos, na maior medida possível, o que inclui o afastamento do efeito suspensivo da apelação interposta contra a decisão condenatória do júri.

Por outro lado, a execução provisória da pena respeita os direitos fundamentais. O duplo grau de jurisdição é observado porque a decisão do conselho de sentença, a despeito de suceder no primeiro grau, deriva de um órgão colegiado. A plenitude de defesa e o contraditório são cumpridos porque a defesa técnica é intimada sobre a decisão que resulta na prisão do réu e persiste atuando em seu favor, dispondo inclusive de meios para obter a suspensão da execução provisória que considera ilegal. A razoável duração do processo, que também é direito fundamental da sociedade como um todo, é respeitada, sobretudo como exigência das finalidades da pena. O devido processo legal “processual” resulta da observância do procedimento previsto em lei para execução provisória. E o devido processo legal “substancial” decorre da proporcionalidade, enquanto proibição da proteção insuficiente, da execução provisória da pena, no âmbito do júri.

Tendo em vista essas conclusões, apresenta-se a seguinte **proposta de enunciado**: A execução provisória da pena, após a condenação pelo conselho de sentença, no tribunal do júri, é constitucional. Trata-se de medida que decorre da segurança pública enquanto respeita o princípio da presunção de inocência e os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 173-200.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Constituição, Política & Retórica*. Brasília: Uniceub, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. Ed. Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília:

UNB, 10. ed., 1999.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Ed. Almedina, 2012.

CARVALHO, Luis G. G. Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, p. 231 e 233, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, Ano V, n. 25, jan-fev 2009. p. 07-30.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade criminal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 302-331.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- PUIG, Santiago Mir. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: Iustel, 2011.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- _____. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2017.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, abr. 2002.
- STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo; SADEK, Maria Tereza Aina. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, p. 2-11, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/1a569ef2296a08f500cb93f298e4c51c.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

A POSIÇÃO DE GARANTIDOR E A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO DO COMPLIANCE OFFICER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA¹

*ROGÉRIO SANCHES CUNHA**

*RENEE DO Ó SOUZA***

SÍNTESE DOGMÁTICA

A fiscalização adequada de um programa de Compliance pelo Ministério Público é importante, porque ele, a depender da legislação de regência no caso, pode levar a atenuação da pena (caso da Lei 12.846/2013) ou a isenção de responsabilidade da empresa (caso da Lei 9.613/1998). Além disso, sobretudo no contexto do direito penal contemporâneo, cumpre compreender as funções mitigadoras dos riscos do Compliance para verificar a responsabilidade daqueles que o implementam, visto colocarem-se como garantes dos ilícitos que pretendem evitar.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

** Membro do Ministério Público de São Paulo (promotor de Justiça) - Professor de Penal da Escola Superior do MP/SP - Professor de Penal e Processo Penal no CERS - CURSOS ONLINE (www.cers.com.br)*

***Membro do Ministério Público de Mato Grosso (Promotor de Justiça)*

FUNDAMENTAÇÃO

A tese ora proposta diz respeito a possibilidade de identificar responsabilidade criminal do Compliance Officer no caso de sua omissão ter relevância causal para a ocorrência dos atos ilícitos para os quais comprometeu-se evitar.

Entende-se como Compliance o “conjunto de ações e planos adotadas facultativamente por pessoas jurídicas visando garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral”².

Nesses casos, pretende-se, por meio do programa, assegurar que a pessoa jurídica que o adota, não pratique os atos considerados ilícitos pela legislação. Essa pretensão é alcançada pela adequação, fortalecimento e funcionamento de um sistema de controle interno que mitiga riscos e dissemina o cumprimento de leis e regulamentos existentes no segmento em que atua a pessoa jurídica.

O programa de Compliance exerce função impeditiva do ilícito e como o Compliance Officer é o responsável pela implantação e execução do programa, a questão é examinar a sua eventual posição de garantidor prevista no art. 13, §2º, do Código Penal.

Com efeito, as funções do Compliance officer, vão desde a autoria e responsabilidade pelo projeto do sistema de Compliance, do apoio e acesso direto ao órgão regulamentador e a à Alta Direção, como auxiliador na tomada de suas decisões, devendo deter, inclusive, autoridade e capacidade para executar o poder de oposição, mostrando as eventuais consequências para o Compliance, sendo-lhe, por isso, necessário garantir-lhe alocação de recursos adequados e apropriados para estabelecer, desenvolver, implementar, avaliar, manter e melhorar o sistema de gestão de Compliance e os resultados de desempenho.

Em duas ocasiões, a legislação brasileira se reporta aos programas de integridade: na Lei 9.613/1998 e na Lei 12.846/2013³.

Na Lei 9.613/1998, o Compliance é de implementação obrigatória, conforme determina o art. 10, III, da Lei⁴. Os principais deveres de Compliance que estão previstos no artigo 10 e 11 da Lei 9.613/1998 e consistem no dever de identificar e cadastrar clientes (Inc. I), registrar operações (Inc. II), prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (Inc. III) e, principalmente, comunicar, independentemente de provocação pelas autoridades, a prática de operações suspeitas de Lavagem de Dinheiro ou simplesmente de valor elevado (Art. 11).

No caso do Compliance officer descumprir essas obrigações, e eventualmente restar caracterizado crime de lavagem de dinheiro, cogita-se sua responsabilidade de três formas:

- (1) Incorre nos crimes previstos no art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei 7.492/86⁵;
- (2) A responsabilidade pela inobservância dos deveres de Compliance é meramente administrativa, nos termos do Art. 12 e 13 da Lei no. 9.613/98, cabendo ao órgão regulador impor à pessoa física ou jurídica culpada as sanções administrativas correspondentes;
- (3) Os responsáveis pelos Compliance Officers respondem pelo crime de Lavagem de Dinheiro:
 - (3.1) na forma omissiva imprópria (Art. 13, § 2º, “a”, do CP): porque a Lei de Lavagem os coloca na posição de garante e, portanto, devem responder pela violação de dever legal.
 - (3.2) por participação: porque contribuíram para a realização do delito através de sua omissão.

Adotando a primeira hipótese, colhe-se o seguinte julgado: “Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal (...) ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina

2 CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 76.

3 Não se desconhece que a Lei 13.303/2016, conhecida como Estatuto das Estatais, também prevê, no art. 9º, a necessidade de implantação de programas de integridade. Ocorre que, neste caso, a identificação da posição de garante do funcionário público que exerce a função de *Compliance Officer*, ou de qualquer outro, decorre do dever geral de combater atos de improbidade, que é inerente a todos os agentes públicos.

4 Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

III- deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhe permitam atender o disposto nos arts. 10 e 11, na forma das instruções expedidas pelas autoridades competentes;

5 Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada” (TJRS. Apelação Criminal no. 5008326-03.2010.404.7100/RS. Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Publ. 19/11/2010).

Alinhado à segunda hipótese, colhe-se: “O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria” (Inteiro Teor do Acórdão – Pp. 1161-62 de 8405 STF-fl. 52776).

Como dito antes, a Lei 12.846/2013 também prevê a implementação de um programa de Compliance, muito embora, diferentemente da Lei 9.613/1998, de forma facultativa.

Embora seja característica louvável da Lei Anticorrupção uma vez que caracteriza o instituto, neste regime legal, como norma indutora de comportamento social, a facultatividade é indiferente quanto a eventual posição de garante assumida pelo Compliance Officer.

Com efeito, o art. 13, § 2º, “b”, do CP prevê caso de dever de agir assumido por outra forma que não seja decorrente diretamente da lei⁶, o que abrange compromissos obrigacionais, ainda que privados, como ocorre em um programa de Compliance.

Assim, caso haja previsão, seja no contrato entre a pessoa jurídica e o Compliance officer, seja no estatut da Corporação, com ciência e aceite de que uma de suas funções é a de evitar a ocorrência da prática dos atos ilícito, é possível responsabilizar criminalmente a função de Compliance pela realização do tipo penal por omissão imprópria^{7 8}.

Ocorre, todavia, que essa situação, levada à últimas consequências, devido a ampliação de possibilidades de responsabilização dos responsáveis pelo programa, paradoxalmente, pode levar a um desestímulo de implementação do programa de Compliance. Ao invés de incentivo para que as empresas fomentem as boas práticas de governança e da ética no ambiente privado, essa interpretação abrangente poderia servir de inibição para tanto, o que definitivamente seria um despropósito ao combate à corrupção.

Sendo assim, nos parece salutar que a identificação da responsabilidade do Compliance Officer ocorra mediante análise criteriosa do pressuposto legal da responsabilidade da omissão imprópria do art. 13, § 2º, do CP, qual seja, da possibilidade de ação.

Ensina a doutrina que o omitente somente será responsável pelo resultado se “podia” evitar o resultado. “Cabe observar que a causalidade normativa na omissão imprópria somente se verifica se o omitente tiver o dever de agir (estiver na posição de garantidor) e, nas circunstâncias concretas, tiver a possibilidade material de intervir em defesa do bem jurídico. Não basta o dever de agir; também é necessário que o garantidor possa, no caso concreto, agir para defender o bem jurídico⁹”.

Como então fazer essa análise? Em um primeiro momento, nos parece imprescindível verificar:

- 1º se o programa seguiu as etapas de elaboração;
- 2º se o Compliance officer tinha autonomia e independência;
- 3º se o programa era real e efetivo (não era fraudulento).

Essa análise preliminar servirá para identificar se o programa de compliance tinha realmente a capacidade de evitar, identificar e remediar os atos ilícitos que pretende debelar. Caso essa análise indique que o programa era, de antemão, imprestável, verifica-se uma deliberada manobra da pessoa jurídica e do Compliance Officer de modo que este último poderá ser responsabilizado por sua omissão.

Caso a análise preliminar indique que o programa era real, tendo o ato ilícito ocorrido de forma excepcional, resta analisar se o Compliance Officer, de alguma forma, contribuiu para o resultado ilícito, ainda que por omissão.

6 Ensina Juarez Cirino dos Santos: “A responsabilidade de impedir o resultado pode ser assumida por ato de vontade (contratual ou extracontratual) do garantidor, em que a assunção fática da proteção é decisiva, porque a confiança na ação do garante cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 209).

7 Anote-se que, embora a Lei Anticorrupção não tenha natureza penal, os atos ilícitos previstos no seu art. 5º, em sua grande maioria, correspondem à crimes previstos na legislação penal brasileira, de modo que caso o programa de Compliance seja incapaz de evitar esses crimes, pode o Compliance Officer, que tinha o dever contratual de evitar o resultado, responder, por omissão, por esses crimes.

8 Em outros termos: “Desse modo, o Compliance Officer tem o dever de tudo fazer ao seu alcance para impedir a prática daquelas condutas associadas à corrupção, à subvenção da prática de atos ilícitos, às fraudes nos procedimentos licitatórios, e outras correlatas, especialmente por meio da implementação de um programa de compliance efetivo. Ao se omitir, seja ao não implementar um programa de compliance efetivo, seja ao não fiscalizar-lhe o cumprimento, ainda que podendo fazê-lo, e assim concorrer para a ocorrência do resultado lesivo a que lhe comanda a lei evitar, poderá ele ser envolvido no cenário das apurações para avaliar-se a relevância de sua omissão diante do crime perpetrado” (Rechulski, David. Compliance Officer agora é o gestor da integridade da empresa. In <http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>. Acessado em 22/07/2017).

9 GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Capítulo 6. item 6.1.2.3.

É nesta hipótese que nos parece imprescindível verificar se ele tinha meios de intervir da cadeia causal que produziu o resultado, ou seja, se ele podia agir para interromper o iter criminis e evitar o resultado. Caso reste demonstrado que o Compliance Officer (1) adotou as medidas necessárias para evitar, identificar e remediar o ilícito ou (2) não integrou ou aderiu a decisão pela prática do ilícito ou, não poderá ser responsabilizado, ainda que por omissão, pelo resultado ilícito¹⁰.

Ao revés, caso reste comprovado que o resultado ilícito ocorreu porque o Compliance Officer não agiu para evitar, identificar e remediar o ato ilícito ou aderiu a decisão pela prática do ilícito, deverá responder, por omissão penalmente relevante, pelo crime ocorrido.

Anote-se por fim que, devido a inexistência de responsabilidade penal objetiva, é consolidado no Brasil o entendimento de que, mesmo nos crimes omissivos, deve-se analisar o elemento subjetivo da conduta de modo a verificar se o agente agiu ou não com dolo. Deste modo, o Compliance officer não pode ser responsabilizado criminalmente por operações ilícitas realizadas de maneira absolutamente estranha ao seu conhecimento.

Um alerta, porém, deve ser registrado. Nos crimes omissivos impróprios, o dolo do agente é de contribuir com o seu não agir (quando tinha o dever de agir) para evitar a ocorrência do resultado. Como leciona Juarez Cirino: “O tipo subjetivo da omissão de ação própria é o dolo, e da omissão da ação imprópria, o dolo e a imprudência. Em ambas modalidades de omissão de ação, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de vontade, como nos tipos de ação: basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (na omissão própria), mais o conhecimento da posição de garante (na omissão da ação imprópria)¹¹”.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Ante o exposto, propomos os seguintes enunciados conclusivos:

- 1 – Os deveres assumidos pelo Compliance Officer, seja nos casos em que a implantação do programa de Compliance é obrigatória, seja nos casos em que é facultativa, são aptos a caracterizá-lo na posição de garantidor de modo que pode ser responsabilizado pelo resultado ilícito por omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do CP;
- 2 – Sua responsabilidade dependerá, todavia, da análise das circunstâncias que indicam que ele tinha domínio para intervir na cadeia causal dos fatos, pelo que se faz necessário avaliar: (a) se o programa era real ou se era um programa fictício; (b) se adotou as medidas possíveis para evitar, identificar e remediar o ilícito; (c) se não integrou ou aderiu a decisão pela prática do ilícito.
- 3 – Sua responsabilidade dependerá da análise do elemento subjetivo, que no caso dos crimes omissivos impróprios se satisfaz com o mero deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico mais o conhecimento da posição de garante.

REFERÊNCIAS:

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. Lei Anticorrupção Empresarial. Salvador: Juspodivm. 2017.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Capítulo 6. item 6.1.2.3.

RECHULSKI, David. *Compliance Officer* agora é o gestor da integridade da empresa. In <http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>. Acessado em 22/07/2017

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

10 Neste sentido: Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria **nos crimes empresariais**, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: **a)** é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; **b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria**” (Inteiro Teor do Acórdão – Pp. 1161-62 de 8405 STF-fl. 52776).

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 211-212.

*A PROMOTORIA DO JÚRI:
PROPOSTAS DE INDICADORES E
RESULTADOS NO COMBATE A CRESCENTE
CRIMINALIDADE CONTRA A VIDA¹*

*ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA**

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Titular da 46ª PJC com atuação na Quarta Vara do Júri de Recife - PERNAMBUCO.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público Brasileiro implantado a partir da CF de 1988, ampliou substancialmente as atividades desenvolvidas pelos seus representantes. Áreas de cidadania e especiais foram contempladas e debruçadas com afinco, dedicação e coragem de todos os integrantes. O trabalho desenvolvido diuturnamente trouxe ganhos fabulosos para a sociedade civil organizada. A credibilidade social da Instituição atingiu *ranking* inimaginável. A mídia e o princípio da publicidade foram encarregados de dar visibilidade a essas atividades especializadas. As tarefas de atuação criminal foram um pouco esquecidas e até desestimuladas por um modelo novo de atuação que se aproxima mais dos anseios de uma sociedade cada vez mais midiática, consumista e com olhares diversificados, de informações multifacetadas, que se exaurem diuturnamente e que as manchetes são devoradas como algo próprio da relação consumista instantânea.

Ao longo de mais de vinte e seis anos acompanhei de perto alguns desafios na área criminal e ao mesmo tempo as dificuldades de ofertar maiores resultados práticos aos cidadãos, quando os processos criminais se arrastavam e continuam a se arrastar e os **crimes dolos contra a vida (tentados e consumados)** se amontoam nas prateleiras, exceto as metas do CNJ e CNMP e até de colegas abnegados que se dedicam tanto, mas as exigências de prazo e a multiplicidade de atividades nas Promotorias únicas travam de uma certa maneira, que fica praticamente impossível ser primoroso e dedicado em cada processo criminal de *per si*. As dificuldades de movimentação na carreira e os entraves históricos de cada MP estadual, além da ausência de atrativos para áreas mais inóspitas, acarreta a médio e longo prazo uma realidade cruel: uma resposta negativa de efetividade ou um patamar nada razoável de **eficiência da atividade criminal em termos concretos**.

Todos nós trabalhamos muito, mas nosso trabalho efetivo dependerá em última razão da investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária. Mesmo nos casos de se realizar diligências, na capital a situação é muito mais dramática, se não for tomado alguns cuidados, visando maior racionalidade e resultados ao longo da instrução criminal. **A vida** como maior bem jurídico tutelado pelo Estado, não se encontra no âmbito das prioridades institucionais. Outras atividades assumiram lugar de destaque e **a vida**, cada vez mais banalizada, é corroida, esquecida, exceto em alguns casos pontuais ou emblemáticos. Mas no geral, a insegurança lardeada aos quatro ventos, tem sua parcela de influência nas ações penais públicas que são demandadas, como titulares, sem uma estratégia ou tática de ação institucionalmente resolutiva. Muito se verbaliza o caráter resolutivo e proativo do Ministério Público, que se esbarra muitas vezes na autonomia funcional. Contudo, o resultado do trabalho de todos nós, ainda, fica a desejar no campo dos crimes dolosos contra vida.

Nossa reflexão aqui suscitada está atrelada ao Ministério Público do futuro. Aquele que terá que caminhar com suas próprias pernas e criar suas próprias soluções, sem desculpas e sem se omitir de ofertar a sociedade índices **e resultados**. O trabalho em rede que se faz, por exemplo, na área de cidadania ou Infância e Juventude, há muito desenvolvido, não tem alcance, ainda, na atividade criminal nas Promotorias especializadas no Tribunal do Júri popular.

Ao se elaborar uma denúncia, a situação Jurídica daquele ou daqueles acusados precisam ser conhecidas. Atualmente são vários os meios e cadastros disponíveis para se aquilatar se aquele denunciado é um criminoso singular ou tem várias interfaces com a criminalidade pouco ou bem organizada. É um trabalho que vai indicar a situação peculiar daquele que age com outros em quadrilha ou até com várias condutas criminosas na área de violência contra mulher. É possível fazer o perfil daquele que se imputa crimes e ao mesmo tempo iluminar com outras informações se se trata de um criminoso comum ou de um criminoso contumaz. Na peça vestibular o MP tem condições (com internet) a ter acesso a todos os sites imprescindíveis para se avaliar e iniciar a tramitação processual com êxito. Não se trata de ver o criminoso como da época “lombrosiana”, na verdade é dar um equilíbrio na instrução criminal, onde se vê e se diz que o crime compensa, que o acusado tem todos os direitos fundamentais (garantistas) ou, simplesmente, com total inversão de valores, pois na relação Jurídica processual, o membro do MP é parte e seu espaço de atuação carece de ser preservado, exercido e atualizado permanentemente.

O Direito Penal do Inimigo ² ou, outros como Direito Periféricos, Mediáticos e tantos outros, assume uma retórica favorável ao crime, nós não podemos aceitar sem refletir e muito menos sem reagir a essa parafernália de Teorias Malucas que visam mudar o foco e inverter os aspectos teleológicos do Direito Penal Brasileiro na atualidade. Expressões de inadequadas ou omissas em discursos cada vez mais criativos,³ não podem e nem devem intimidar o representante do MP que está a atuar, sob pena de enveredar pelo fracasso de não corresponder ao trabalho necessário para combater a criminalidade. Em outras palavras, não olvidar nunca a postura institucional do Promotor Criminal. Afinal de contas representamos essa sociedade triste, marcada pelo **medo** e pela **insegurança**.

O trabalho do Tribunal do Júri impõe diversos desafios, e, para atendê-los o estudo permanente e a busca do aperfeiçoamento é imprescindível.

² Expressão utilizada pelos Advogados, para distorcer a realidade e tratar a vítima sempre como criminoso.

³ O pedido reiterado dos antecedentes da vítima é um exemplo dessas posturas.

Contudo, é preciso resgatar o espaço antes conquistado, tais como: Visibilidade, Dedicção, Prioridade e Eficiência.

A **visibilidade** se apresenta como um instrumento de dar maior publicidade e assim prestar contas à sociedade na promoção da Justiça durante até o plenário. A Instituição necessita dar relevo a atuação dos Tribunais do Júri e oferecer todo o apoio necessário para que essa divulgação seja ouvida e acompanhada por toda coletividade. No site do MP, um espaço permanente para tais publicidades.

A **Dedicção** vincula-se aos colegas que tem paixão e vocação, compromisso e sempre buscam novos horizontes de conhecimento, objetivando uma resolutividade esperada pela sociedade. Um trabalho que exige conhecimento de Psicologia, Sociologia, Antropologia, Neurociências e Neolinguística. Não é só estudar o processo em si. O MP da nova década deve está mais preparado para exercer uma argumentação de qualidade e de amplo poder de convencimento. Não está restrito ao mundo do Direito. Em consequência, nós precisamos investir nessas atividades com total apoio Institucional.

A **Prioridade** é na verdade ter como meta de ação promover a tramitação e julgamento do processo, não só por ser Meta do CNJ ou CNMP. Um compromisso de cada um de todos. Trabalha muito quem labuta na esfera do Júri. Evitar adiamentos, priorizar réus custodiados, vítimas crianças ou adolescentes, enfim mais colegas investidos nessa missão Institucional para atingirmos o planejamento estratégico do Ministério Público Brasileiro.

A **Eficiência** está diretamente relacionada com nossa atuação na instrução até o julgamento. No prazo do art. 422 do CPP entendemos que tudo que diga respeito ao réu, sua vida pregressa, familiar, histórico carcerário, antecedentes precisam ser pesquisados e anexados aos autos, pois com os bancos de dados da SDS, Infoseg, Receita Federal, Google, Consultas Processuais em cada Tribunal da Federação etc. Tudo isso dar muito trabalho, mas é necessário focar nesses elementos que certamente irão acrescentar ao conjunto probatório maiores indicadores, elementos informativos importantes para o planejamento de atuação em plenário.

Esse quadrinômio é relevantíssimo para que possamos enfrentar os argumentos mais variáveis possíveis, até situações de Direito Penal mínimo ou alternativo, que devem ser rejeitados. Os crimes dolosos contra a vida são os mais importantes e nós não podemos deixar nos levar por esses caminhos, tais como Direito Penal do Inimigo ou Direito Subterrâneo.

O Direito Penal do inimigo é na verdade um artifício composto de sofismas que apenas servem para confundir os jurados. O Direito Penal do Inimigo, conhecido a partir de Jakobs, em conferência realizada em Berlim (Alemanha) em Outubro de 1999, quando Álvaro M. da Costa diz: “ *Os caminhos da ciência do Direito Penal do Futuro, em tom provocativo, chama a atenção para a necessidade de reconhecer e admitir que, nas atuais sociedades, exige-se um Direito Penal dirigido com uma única tarefa de restabelecer, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), (...) No Direito Penal do inimigo, segundo Jakobs, o Estado tem a permissão de tentar eficazmente, atuar contra o inimigo e desta forma está autorizado a impor penas desproporcionadas e draconianas, a penalizar condutas, ainda que inócuas ou sem qualquer ameaça ou perigo relevante para um bem Jurídico* ”.⁴

A polêmica tornou-se maior após o 11/09/2001, nas Torres Gêmeas em New York e os atentados subsequentes. Uma matéria muito utilizada pelos Advogados em plenário, adaptando assim a interpretação a cada caso, sem distinguir o criminoso que mata esporadicamente e aqueles homicidas costumasses. Ora, como representantes do MP não podemos adentrar nessa onda, pois quem mata pessoas e continua a matar, **são inimigos da sociedade** e como tal devem ser julgados, observados os princípios e garantias constitucionais. Não podem ser vistos como seres humanos vítima. A lei de execução penal e o tratamento do custodiado faz parte de outro sistema normativo. A humanização do Sistema Carcerário é outra faceta, não se pode aceitar como argumento de defesa para absolvição. Se assim for, nós estaremos incentivando a criminalidade, olvidando os quatro aspectos já aludidos.

Por outro lado, é preciso muito cuidado com a expressão e fundamentos do “Direito Subterrâneo” aquele que segundo Schutz (2016) “é o *exercício despótico da legislação pelos próprios agentes da Administração Pública, por meio da inobservância do dever de conduta atinente ao homem público* ”.⁵

Se aceitarmos essa qualificação de Direito Penal estaremos reconhecendo a nossa incapacidade de cumprirmos o nosso *mister*. Na verdade, ora é um argumento de provocação, ora visa desqualificar e desequilibrar a nossa atuação em plenário. Estudar o contraponto e refutar são essenciais para a eficiência de nosso trabalho. São falácias para inverter a ordem de responsabilidade e colocar a vítima como acusada e o réu uma vítima da sociedade. Ora, nessa cultura de inversão de valores, se contar com o nosso diapasão ficará quase impossível a acusação, e, conseqüentemente a condenação.

4 Mayrink, Álvaro da Costa. O Direito Penal no Seculo XXI. Publicado em PDF em Ciencias Jurídicas, Espaço Cultural IEJU-SA, 2009-IEJU-SA, acesso em 29/04/2017.

5 SCHUTZ, Herbert Mendes de Araujo. O Direito Penal subterraneo e a Comissão da Verdade do Congresso Nacional. IN: Âmbito **Júridico**, Rio Grande, XVI, n.91, agosto 2011. Disponível em: http://WWW.AMBITO-JURIDICOlink.COM.BR/SITE?INDEX.PHP?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10128Acesso em maio 2017.

O Direito Penal “*não se pode esgotar num mero exercício de interpretação Jurídica da lei penal, fechando-se numa espécie de jogo, seguindo suas próprias regras, sem qualquer referência a conhecimentos externos da filosofia e da neurociência. Tal atitude implicaria que o direito penal estaria a prescindir desarrazoavelmente de conhecimento que, sendo úteis para desenhar uma imagem mais real e verdadeira da pessoa humana (nomeadamente, das suas fraquezas e capacidades) seriam também importantes para resolver o principal problema de todos os tempos: a legitimidade do castigo*”⁶

É necessário ponderar no trabalho do júri, as questões aqui suscitadas, pois como assevera Maria Lígia Gomes, o Direito Penal do inimigo, por exemplo, “*poderia sim trazer uma maior pacificação social, mas para que sua aplicação fosse válida e justa, imprescindível uma reestruturação de todo o sistema de execução penal Nacional, onde as análises criminológicas teriam, além da obrigatoriedade, papel fundamental para a separação do delinquente comum, que tem condições de retornar à sociedade e o “inimigo” considerado irrecuperável*”⁷

Como titulares da ação penal pública como dever funcional trabalharmos em prol da criminalidade inclusiva e comprometida como assinala Alessandro Barata. Um estilo interdisciplinar e multidisciplinar, com fundamento na dialética da verdade real no combate à impunidade.

A instituição do Tribunal do Júri é uma das matizes da Democracia e para que haja uma relação mais virtuosa entre a Justiça e a comunicação social, Boaventura Santos afirma que é preciso “*desenvolver um programa de conhecimento recíproco, que permita impedir a perda da legitimidade, tanto nos Tribunais como da Comunicação Social. A potencial conflitualidade e incomunicação entre os Tribunais e a comunicação social tem raízes profundas. Assenta em práticas discursivas distintas e objectivas e culturas profissionais diferentes. É preciso partir do conhecimento destas diferenças para desenhar plataformas de cooperação entre tribunais e media. Numa sociedade info-democrática, a Administração da Justiça será tanto mais legitimada pelos cidadãos quanto mais conhecida for por eles. Os tribunais e a comunicação social são essenciais para o aprofundamento da democracia, pelo que é fundamental estabelecer formas de coabitação no mesmo espaço social. Tal aproximação poderá fomentar programas de cunho pedagógico, debates sobre temas Jurídicos importantes para a sociedade e diálogos entre os órgãos da Justiça e os vários atores sociais*”⁸

O Tribunal do Júri está inserido nesse espaço de convivência social, onde o povo julga seus semelhantes. O MP é um desses atores sociais. Para a promoção da verdadeira Justiça, nós que atuamos na instrução e no plenário temos o dever de marcar essas premissas e efetuar esses diálogos de maneira dialética para que a sociedade ali representada em vários segmentos possa avaliar esse contraditório entre MP e Defesa, sempre trazendo os conhecimentos necessários e pertinentes para cada caso em particular.

A atividade do Promotor (a) do Júri carece de ser valorizada, incentivada para fazer valer todos os aspectos teleológicos e pedagógicos aqui mencionados. O Ministério Público brasileiro deve reexaminar e avaliar um novo investimento nessa área, tão importante, mas por mais de uma década esquecida e mantida por Promotores e Promotoras abnegados. O futuro cobrará de todos nós mais atenção e investimentos nessa matéria.

CONCLUSÃO

Retomar a importância dos Tribunais do Júri e trabalharmos com apoio Institucional, dialeticamente, por meio do quadrinômio aqui esboçado (visibilidade, dedicação, prioridade e eficiência), ou seja, assim obteremos os indicadores de maior promoção de Justiça no enfrentamento da impunidade.

6 In Anatomia do Crime-Revista de Ciências Jurídicas-Criminais-N.3 Janeiro-junho/2016-Edições Almedina n. 3, p.99.

7 Gomes, Maria Lígia da Cunha. O Direito Penal do Inimigo: e sua possibilidade de aplicação no Direito Penal e Processual Brasileiro, PDF-UGF, p.08.

8 Santos, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução democrática da Justiça, Edições Almedina: Coimbra, 2014, p.144.

*ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006
– NATUREZA JURÍDICA E
CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS¹*

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça de entrância final titular da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa. Graduada em Direito na UEPG e Mestre em Direito Penal Econômico pela PUC-PR.

Com o advento da Lei 11.343/2006 “*quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” fica sujeito às medidas diversas da prisão. A saber: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Lei colocou o artigo 28, que tipifica esta conduta e suas consequências, no Capítulo III – Dos crimes e das penas – do Título III – Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Todavia, de crime parece não se tratar (estes estão no Capítulo II – Dos Crimes – do Título IV – Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas).

Um passeio histórico mostra que nem mesmo as consequências do descumprimento do artigo 28 são penas. No PL 7134/2002³ originado do PLS 115/2002, encerrado com a edição da Lei 11.353/2006, na Seção II – Do Tratamento –, no art. 11 o “*dependente ou o usuário de substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde*” ficavam sujeitos “*às medidas previstas neste Capítulo e Seção*”, basicamente o tratamento ambulatorial ou hospitalar, com o destaque para os dependentes ou usuários em cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança pela prática de qualquer infração penal que *obrigatoriamente* (o verbo usado foi o “deverá”) seriam submetidos a tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário respectivo (art. 13 – PL 7134/2002).

A posse para consumo próprio estava no artigo 22 (adquirir, guardar, ter em depósito ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), com “*medidas de caráter educativo*” previstas ao usuário. A saber: prestação de serviços à comunidade; comparecimento a programa ou curso educativo, proibição de frequência a determinados locais e submissão a tratamento. Em caso de não cumprimento, a mesma solução da lei atual: admoestação verbal ou multa. Detalhe: (1) expressamente se dizia que as “*medidas de caráter educativo*” poderiam ser cumuladas entre si, mas “*não serão consideradas para fins de reincidência*”, (2) se falava em prescrição da “*imposição e execução das medidas educativas*” no prazo de dois anos (art. 32) e o oferecimento da denúncia, no caso do artigo 23, era para propor “*oportunidade a adoção das medidas educativas pertinentes*” (art. 39, § 1º, I), que poderiam ser aceitas de plano pela defesa (art. 40, § 1º, II), independentemente do histórico do denunciado. As medidas aplicadas poderiam ser revistas judicialmente, a qualquer tempo, mediante requerimento do interessado (art. 50) e, no art. 52, falava-se da criação de “*juizados especializados para processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei, vedada a atribuição da competência dos Juizados Especiais Criminais*”. Ou seja, ficou muito claro que a droga para uso próprio não era criminalizada, porque sem pena e sem o efeito da reincidência a aplicação de medida educativa.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 10 de fevereiro de 2004, relatoria do Deputado Paulo Pimenta, ignorou-se a “*descriminalização/despenalização*” do uso de drogas, voltando a falar da conduta da posse para uso como crime sujeito a “*penas restritivas de direitos*”. Para tanto, apresentou-se um Substitutivo Integral que se propunha, dentre outros, a (1) superar “*equivocos conceituais e metodológicos*” unificando o conceito de drogas, da qual o entorpecente é apenas parte, (2) deixar evidente a separação entre usuário ou dependente e o traficante, (3) prever que o álcool e outras substâncias lícitas que causem dependência terão legislação própria⁴.

Deliberadamente, na Câmara, voltou a tratar-se como crime o uso de drogas. No Voto do Relator ao tratar do Título III, expressamente diz ter optado “*... trazer para este título o crime do usuário...*”, destacando “*... a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para usuário ou dependente*” - em termos, diga-se Neste Substitutivo, tal qual hoje, o “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” ganha o número 28 de artigo e as consequências são as “*... seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*”. Foram equiparadas ao porte para uso próprio as condutas de “*semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas*” e “*fornecer, eventualmente, sem objetivo de lucro*” drogas a pessoa de seu relacionamento para consumirem juntos (art. 28, § 1º, I e II), hoje colocados no art. 33, § 1º, II e § 3º, da Lei 11.343/2006, com penas mais severas. Afastava-se, expressamente, no artigo 28, § 5º, a reincidência (“*não serão consideradas para fins de reincidência*” - o que retira o caráter de crime, v. art 63, CP). Mas, vejam só, se o uso de drogas, diretamente não levava à prisão o “*desatendimento*” às penas de prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo pode levar à aplicação das penas restritivas de direitos do art. 43 do CP (art. 28, § 7º) que, se descumpridas “*sujeitará o agente às penas do art. 330 do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal* (art. 28, § 10º, CP)” -; quer dizer, neste Substitutivo, o usuário, pela “*desobediência*”, eventualmente, poderia ser condenado à pena de prisão.

Segue a discussão do Projeto de Lei 7.134/2002, e estamos em fevereiro de 2004, quando em Sessão Plenária, registrada no Diário da Câmara dos Deputados 05840, percebe-se a preocupação dos integrantes da Casa em dar o rótulo de “*crime*” ao uso de drogas, sem que cientificamente se construísse a figura penal. A título de exemplo, a fala do Deputado Carlos Willian – (PSC – MG): “*Este projeto discrimina os usuários de drogas de maconha. Essa imposição da lei é um dos poucos argumentos*

³ A íntegra da tramitação do PL 7134/2002, originado do PLS 115/2002 está disponível em www.camara.gov.br.

⁴ v. Diário da Câmara dos Deputados, de 12.02.2004, p 05400 a 5405

⁵ Ou seja, por mais que se diga que é crime, desde aqui não se tem pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

que restam aos pais de família ... de mostrarem ao adolescente que se trata de crime, cuja consequência é ir para a cadeia. Estamos retirando isto do texto ... apelo para as bancadas evangélica e católica, para os cristãos e pais de família, no sentido de que venham ao plenário discutir a matéria Alguns países desenvolvidos já se anteciparam sobre o tema, mas o Brasil não está preparado para isto.” Do mesmo partido, o Cabo Júlio (PSC – MG) esclarece ao colega que “não estamos dizendo que usar droga deixará de ser crime ... estamos estabelecendo ao usuário 3 penalidades ... se negar a cumprir ... incorrerá em crime de desobediência ... criamos um dispositivo de segurança estabelecendo nova pena”. No mesmo jaez, Jefferson Campos (PMDB – SP): “... as penas já estão previstas existe também a previsão de prisão para descumprimento das penas previstas e impostas pelo Juiz. ... apelo para que haja maior discussão deste projeto ... que afetará a vida principalmente dos adolescentes de nossa Nação”.

O projeto ainda voltaria ao Senado e, nessa sessão de votação, os discursos se sucederam falando em pena e prevenção, totalmente divorciados da teoria do direito penal – mera retórica, exercício argumentativo.

O PT, representado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia, votou favorável ao Substitutivo, alegando: “... Jamais colocaria com qualquer projeto que pudesse significar a liberação do uso de drogas no País ... apresenta-se uma adequada separação entre a condição de usuário e a de dependente, este vítima do narcotráfico crescente Não adotamos a descriminalização do uso, muito menos liberando a droga no Brasil. Estamos apenas aprimorando a lei, buscando a prevenção adequada e não imposição de qualquer pena privativa de liberdade ou pecuniária ao usuário aquele que for preso com droga será levado ao lugar adequado para a lavratura do termo circunstanciado ...”. Da parte do PSDB, João Campos, também favorável: “... o projeto não descriminaliza o uso de drogas no País. Quem está descriminalizando são alguns setores da mídia o que a Casa está fazendo” – ... embora continue sendo crime o uso de drogas no País – é dar tratamento diferente ao usuário e ao dependente. ... Minha posição, quer como delegado, quer como pastor, pai de família e cidadão, sempre foi a favor da criminalização do uso da droga”⁶.

Destaca-se como fala mais afeiçãoada ao Direito (lembrando que os Senhores Deputados estavam fazendo uma Lei e não defendendo suas posições pessoais), de Moroni Torgan do PFL – CE: “... não houve liberação nem condenação ... um meio termo ... se não for cumprida nenhuma daquelas medidas, a pessoa ficará sujeita ao crime de desobediência há uma sanção a possibilidade de detenção por crime de desobediência ... o que o projeto está fazendo com relação ao usuário e ao viciado já é prática comum na Justiça ... é o que chamamos de Justiça Terapêutica ... O Judiciário não manda usuários e dependentes para a Cadeia, mas, sim, os condena à prestação de serviços à comunidade os priva de certos direitos...”. Também, Fernando Gabeira: “Se a sociedade brasileira tem como único argumento contra o consumo de drogas a cadeia, estamos moralmente falidos. Existem outros.”

Aprovada a redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 7134B, de 2002 (do Senado Federal – PLS 115/02 na Casa de Origem), voltou para o Senado em 17 de fevereiro de 2014. Recebeu parecer 847, de relatoria do Senador Romeu Tuma, em 31.05.2006, no qual o usuário volta a ser considerado como mercedor de “medidas educativas” e não penas. Sobre o crime de desobediência como remédio para fazer cumprir o artigo 28: “... reportar-se ao crime de desobediência traz problemas incontornáveis o descumprimento de sentenças condenatórias ou executivas pode gerar medidas coercitivas como a prisão e a busca e apreensão, mas tal descumprimento nunca foi considerado um crime autônomo. Receamos seja criado um perigoso precedente legal No limite, um único fato (trazer consigo drogas para consumo pessoal) seria objeto de dupla incriminação, ferindo o princípio do non bis in idem.” Rejeitaram-se, assim, os §§ 7º, 8º, 9º e 10º do Substitutivo, restabelecendo parte do texto original. E, no Texto Consolidado que saiu em 31 de maio de 2006, da Sala da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o artigo 28, *caput*, I, II e III previa “penas” ao usuário (as mesmas de hoje), no § 3º, falava da duração das “penas” de, no máximo, cinco meses, no § 4º, para casos de reincidência, aumentava para dez meses; e, no § 6º, para caso de descumprimento das “medidas educativas a que se refere o *caput*, I, II e III”, sem mais, nem menos, no inciso IV - “detenção de seis meses a dois anos”. Quer dizer, tiraram a previsão anterior do § 10, de aplicação subsidiária do artigo 330 do CP (porque, segundo o parecer, importaria num segundo processo para apurar a desobediência) e lascaram a pena privativa de liberdade como último recurso, porque, sucessivamente, o juiz deve lançar mão de admoestação verbal, multa e penas restritivas de direitos.

Aqui sim, com a previsão expressa de pena de detenção, de 06 meses a 02 anos, o porte para uso próprio foi criminalizado (art. 1º, Lei 3.914/1941⁷ – LICP) e tratado como infração de menor potencial ofensivo (art. 48). Encaminhado para votação, ainda recebeu alterações – dentre outras, a retirada dos incisos III e IV, do § 6º, do art. 28 – culminando no texto encaminhado para sanção presidencial – que vetou alguns artigos referentes ao SISNAD e da cumulação, por Varas Especializadas das atribuições de Juizado Especial Criminal sobre drogas⁸.

⁶ O PMDB representado por Roberto Jefferson votou contrário: “... este projeto ... afetará a vida principalmente dos adolescentes da nossa Nação”, assim como o Enéas (de saudosa memória), pelo PRONA. Integram a lista dos votos favoráveis Osmar Serraglio pelo PMDB, Dr Hélio pelo PDT, Colbert Martins pelo PPS, Marcelo Ortzi pelo PV, Jamil Murad pelo PCdoB, Nelson Meurer pelo PP, Pastor Reinaldo pelo PTB.

⁷ **Art 1º** Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm – sem grifo no original).

⁸ Todo histórico de tramitação dos projetos que deram corpo à Lei 11.343/2006 encontram-se nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bastando lançar os números aqui apontados para se ter acesso ao inteiro teor das discussões aqui reproduzidas.

Voilà, veio ao mundo em 23 de agosto de 2006, com prazo de 45 dias para vigência a Lei 11.343/2006, revogando expressamente as Lei 6.368⁹, de 21.10.1976 e 10409¹⁰, de 11.01.2002. Detalhe, totalmente confusa em seu texto quanto à natureza jurídica da resposta dada ao usuário: o *caput* fala de “penas,” no § 1º, são as “*mesmas medidas*”; no § 3º, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são tratadas como “*penas*”; no § 6º, são “*medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III*” e mesmo a multa, usada como garantia para cumprimento das medidas educativas (art. 28, § 6º, II), no artigo 29 é tratada como “*medida educativa a que se refere o inciso II, do § 6º do art 28*”. E, ao dizer da possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e da substituição pelo Juízo, no art. 27, fala de “*penas*”.

Mesmo assim, a compra, guarda, depósito, transporte ou porte de droga para uso próprio, na 11.343, não sujeita seu autor à pena de detenção ou reclusão quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente à pena de multa. Portanto, não se trata de crime, nos exatos termos do art. 1º, da Lei 3.914, de 09.12.1941 – a Lei de Introdução do Código Penal. Se muito, para dar o tratamento jurídico preconizado na 11.343, poderia dizer tratar-se de contravenção, se for considerada a multa derradeira (art 28, § 6º, II), como pena em sentido jurídico-penal - e não medida educativa como tratada no art 29 da Lei 11.343/2006 (Mas, nem este raciocínio vingará, frente ao artigo 5º do DL 3688, de 02.10.1941: “Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples; II – multa” - e aqui, na Lei 11.343/2006, a multa não é pena principal e sim substitutiva (?) para caso de não cumprimento da medida originária).

Pode-se continuar a discussão da natureza das consequências de violação do art. 28, exercitar argumentos na tentativa de chegar a uma resposta jurídico-penal. Só para ilustrar, porque se quer seguir com o objetivo do trabalho, a advertência sobre os efeitos da droga não encontra molde em qualquer das classes de penas¹¹. A prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo poderiam ser tomadas como penas restritivas de direitos (art. 32, II c/c 43, III e IV, CP), mas não são passíveis de conversão por falta de pena principal (art. 44, § 4º, CP). Melhor concluir que se tratam de “*medidas educativas*” como previstas em sua gênese, sem caráter penal, mas com processamento para aplicação no Juizado Especial Criminal, por falta de uma “*administrativização*” regulamentada da matéria como fez Portugal com a Lei 30/2000¹²; lá, no artigo 29, foi declarada a “*descriminalização*” objeto da Lei e criado o Instituto da Droga e Toxicod dependência – IDT para manter o registro central dos processos de contraordenações¹³ (primas das nossas contravenções) desta natureza.

O usuário flagrado de posse de droga, em Portugal, perde a substância em favor do Estado; feito um auto de ocorrência (art. 4º, I), é encaminhado para a “*Comissão para a Dissuasão da Toxicod dependência*” de seu distrito para aplicação das respectivas sanções (art. 5º, I). Esta Comissão, composta de cinco membros (art. 7º), ouve o consumidor sobre o fato e, sendo ele primário e sem registros anteriores, não dependente da droga, suspende-se o processo; se toxicod dependente, para não ser processado, o usuário carece de aceitar e submeter-se a tratamento (art. 11). A suspensão do processo pode ser de 02 (dois) anos, prorrogável por mais 01 (um), e será arquivado definitivamente se não houver reincidência no período e o tratamento tiver sido cumprido (art. 13).

Para o consumidor não dependente é aplicada multa ou, alternativamente, sanção não pecuniária de interdição de frequência a certos lugares; proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; apresentação periódica em local designado pela Comissão; cassação ou proibição de concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; apreensão de objetos de pertencem ao usuário e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contraordenação e privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos; entrega a instituições públicas ou particulares de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, no regime do Código Penal. Aos dependentes, aplicam-se apenas as sanções não pecuniárias (art. 15 e 17). Há, ainda, para todos, a admoestação que “*consiste numa censura oral, sendo o consumidor alertado para as consequências do seu comportamento e instado a abster-se a consumir*” (art 18). As sanções não pecuniárias têm duração mínima de 01 (um) mês e máxima de 03 (três) anos (art. 24).

⁹ Aqui o art 16 criminalizava o uso: “**Art. 16.** adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.

¹⁰ Embora posterior, esta Lei teve o “Capítulo III – dos crimes e das penas” integralmente vetado porque “em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão”. Para o usuário de drogas (art. 20) eram previstas as “penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21” que tinha a seguinte redação: “Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV suspensão temporária de habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. Mas, como foi vetado o capítulo inteiro, tivemos uma nova Lei de Drogas em 2002, que previa, no art. 27, o procedimento “relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei ...” e não tinha crimes em seu texto. Solução ? (re)apropriar-se da tipificação legal da Lei 6.368/76.

¹¹ “corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos”, cf. MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal**, v I, 15ª ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 246

¹² Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

¹³ Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima – Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro - “Regime Geral das Contra-Ordenações”.

Se aplicada a sanção, tratando-se de dependente em tratamento, o processo poderá ficar suspenso por até 03 (três) anos a contar do trânsito em julgado da decisão (art. 20), determinando ao usuário que se apresente regularmente no serviço de saúde designado (art. 21). Toda decisão que aplique sanção ao consumidor é comunicada à polícia para que colabore na execução (art. 25).

Portugal foi claro ao dizer, no art 29 da lei 30/2000 que “descriminalizou” o uso da droga – mas não legalizou; estabeleceu um processo e foro próprio, mas não despenalizou, nem liberou geral. Aqui no Brasil, insiste-se em falar de criminalização, acredita-se que fruto do discurso dos pais da 11.343, quando de crime não se trata, porque afastada a pena de detenção ou reclusão para o usuário. E, se de crime não se trata, os efeitos da prática são menores. Por exemplo, não gera reincidência¹⁴ (art. 63, CP) e não impede transação (art. 76, § 2º, I, Lei 9099/95).

(Sabe-se que, quanto à reincidência, o STJ disse o contrário no HC 350.317 – SP 2016/0055483-0, relatado pelo Min Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 07.11.2016. Mas ali, não se enfrentou a teoria do tipo penal, resumindo-se à análise, em nosso sentir, à localização topográfica do artigo – o que não é o suficiente em termos jurídico-penais; talvez possa ser em termos de política criminal ou opção interpretativa. No mesmo sentido o STF, reconhecendo a despenalização operada com o art 28, privilegia a localização do artigo para dizer que é crime – vale a leitura e reflexão¹⁵. Lembro aqui de uma comparação feita num julgado, que não encontro para transcrever, para dizer da impropriedade legislativa do artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97, que usou esta expressão: “um urso de pelúcia perdido na floresta não se transforma num urso selvagem”. Esta insistência dos Tribunais Superiores em elastecer o conceito de crime para abarcar o art. 28 só pode soar uma adesão ao discurso dos criadores da Lei – a necessidade de ter o usuário de drogas como “criminoso”)

A técnica usada para criar o artigo 28 e dar as respostas aos usuários, cientificamente *descriminalizou* as condutas ali previstas (tipo múltiplo), mas não as liberou. Faltou regradar melhor e mais claramente, para que não fosse necessário toda essa falação insistindo em criminalizar a conduta do usuário. Desde a discussão da Lei, vê-se a *moralização do problema*: “... nós necessitamos do Direito Penal ... quando menos, como meio de desqualificar as drogas aos olhos da população; e: não se pode excluir que precisamente a ameaça de pena retire um ou outro indivíduo do caminho das drogas¹⁶...”.

Sugere aqui que o legislador quis fazer o que Portugal fez com todas as letras em 2000 – descriminalizou, mas não despenalizou, e administrativizou. Ou seja, a matéria está mais para o Direito de Intervenção de Hassemer¹⁷, do que para o Direito Penal. Mas, na falta de uma regulamentação exaustiva como fez Portugal, continua-se a buscar justificativa para tratar como crime a conduta que está perdida num Capítulo com este Título, apenas para *manter a cara de mau* a quem se atrever a praticá-la.

Não se tratando de crime o artigo 28, nem de contravenção (tecnicamente falando), nem de infração administrativa (como fez Portugal), mas “tendo que” estar dentro do conceito de infração de menor potencial ofensivo para ser processado no J.E.Criminal, tem-se como melhor caminho tratar este dispositivo como fez Luiz Flávio Gomes¹⁸: uma infração penal *sui generis* submetida ao procedimento estabelecido na Lei 9099/95¹⁹.

¹⁴ A reincidência mencionada no art 28, § 4º, da Lei 11.343/2006 só pode ser específica, para aumento do prazo da prestação de serviços à comunidade ou do prazo de comparecimento a programa ou curso educativo, depois que o usuário já se submeteu, uma primeira vez a qualquer destas medidas por até 05 (cinco) meses e voltou a ser flagrado de posse da droga.

¹⁵ EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

¹⁶ HASSEMER, W. *Direito Penal – fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 331.

¹⁷ OLIVEIRA, Ana C. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e sanção administrativa*. 1 ed., São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 61-63: “2.1 A proposta modernizadora de Hassemer ... Na verdade, o que pouco se menciona é que o próprio Hassemer apresenta a sua proposta para a modernização do Direito Penal, o *Direito de Intervenção* ... encaminha-se no sentido de um Direito Penal sem a imposição da pena privativa de liberdade, através do Direito de Intervenção ... integrariam o Direito de Intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário ... a não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica deste Direito de Intervenção ... esse novo ramo poderia se voltar para a atuação preventiva ... tem o objetivo principal permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro* ... seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo ... teria ainda, como consequência, livrar o Direito Penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico”.

¹⁸ No mesmo sentido: LEAL, João José, *Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoal de Drogas?* Disponível em http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34066653/Lei_Antidrogas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491600343&Signature=FiEmsbq4fw7EclFQjbaIjQy96og%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLei_Antidrogas.pdf, acesso em 07 abr 2017.

¹⁹ embora isto não esteja expresso na Lei 9099/95, o art 71, vetado por invasão de competência legislativa, previa: “Art. 71. Nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei”

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: (...)

A todos os argumentos lembrados cade ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e sui generis. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal sui generis²⁰.

Em assim sendo (e, mesmo se desenvolver o raciocínio como um tipo contravençional, mas não criminoso), afastada a hipótese de arquivamento, reunidos os requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95, o MINISTÉRIO PÚBLICO deverá propor a transação com as medidas educativas do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (e não com as penas restritivas de direitos do artigo 43 do CP, como manda o *caput* do art. 76).

Todavia, se o autor do fato deixar de vir à audiência preliminar ou não reunir os requisitos do artigo 76, *em tese*, com olhos somente na Lei 9099/95, deveria ser oferecida a denúncia oral (art. 77), para entrega de cópia ao infrator cientificando-o da data designada para a audiência de instrução e julgamento (art. 78), quando, depois da defesa, recebe-se a denúncia, produz-se a prova, debate-se o processo e vem a sentença (art. 81).

Fica claro que, em termos gerais, só se oferece denúncia no Juizado Especial Criminal, para que seja possível a *aplicação da pena privativa de liberdade* prevista no tipo violado, que não pode ser aceita voluntariamente (vez que, o infrator não tem mais direito às penas restritivas de direitos passíveis de aceitação na fase do artigo 76 da Lei 9099/95). Esta é a primeira afirmação – a denúncia como peça essencial para deflagrar o processo penal visando a aplicação da pena corporal prevista no tipo – que encontra as seguintes questões no tema em debate: (1) e no caso de não ter pena a ser aplicada, em tese? E, (2) no caso de, ao final de um processo penal a ser instaurado – exceto em caso de absolvição –, a pena a ser aplicada ser a mesma que se teria com a transação (nunca privativa de liberdade), nem mais, nem menos? Adiante, e (3) se o infrator, mesmo sem os requisitos para transacionar (condenação definitiva anterior por crime), aceitar a proposta de aplicação antecipada de qualquer das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.323/2006, (4) pode ser oferecida denúncia?

Admitindo que se possa processar penalmente o usuário, dado que a denúncia ou queixa será rejeita quando, dentre outras hipóteses, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP), (5) estaria presente o interesse de agir no oferecimento da denúncia das infrações do artigo 28 da Lei 11/343/2006 quando o infrator adere à proposta antecipada de cumprimento de uma das medidas educativas?

Tratando do interesse processual, invoca-se o binômio “interesse-necessidade e interesse-utilidade”. O primeiro para dizer que o processo penal poderá ser manejado porque é “*necessária a utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva (...) mesmo nos casos de transação penal (...) a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante processo (...) não havendo possibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva fora do processo*”²¹. Já o “interesse-utilidade” estaria no resultado prático gerado pelo movimento da máquina judiciária; do manejo de um processo que, ao final, será útil (e indispensável) para seu fim – a aplicação da sanção. Se não tiver esta finalidade – de necessário para aplicar a pena – o processo perde o caráter instrumental, passando a ser o fim em si.

Ao contrário do que se passa com outras infrações de menor potencial ofensivo, o porte de droga para uso próprio não tem pena corporal prevista (como dito à exaustão). São medidas educativas que se impõe ao violador do preceito primário. Medidas estas que visam, antes de retribuição pelo uso da droga (uso este não punível) a “*prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*” (Título III) e que podem ser aceitas, voluntariamente, pelo infrator.

Assim, mesmo constatada a ausência dos requisitos para a transação penal, dado o caráter da infração e das consequências a ela cominadas (medidas educativas), carece de interesse a movimentação da máquina estatal para dar corpo ao previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Havendo a proposta nos moldes das do artigo 76 da Lei 9099/95, acompanhado o infrator de advogado para auxílio na análise da proposta, e sendo a medida a ser aplicada uma daquelas constantes no preceito secundário

²⁰ GOMES, Luiz F e SANCHES, Rogério C. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?**, 19.01.2007, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI34439.41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>, acesso em 31 mar 2017 – sem grifo no original.

²¹ GRINOVER, Ada P. et alii, *As nulidades do processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p., p. 65-66

do mesmo artigo 28 da Lei 11.343/2006, totalmente desnecessário o processo penal tradicional (iniciado com a denúncia), valendo a adesão do infrator, assistido por seu advogado, como bastante para se cumprir o devido processo legal.

Estando no sistema da Justiça Penal, somente será admissível a propositura do processo em duas situações. Primeiro, se o infrator recusar a transação, visando provar sua inocência; teremos aqui o interesse de agir presente, porque a absolvição só pode vir de uma sentença penal transitada em julgado ou, se o infrator não for localizado, quando se depende de uma denúncia para remessa dos autos ao Juízo Comum, onde possa ser aplicado o artigo 366 do CPP.

Por fim, respeitando a localização do artigo 28 no Título das “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” de nada adianta reconhecer a descriminalização e dispensar o processo penal sem retaguarda para aplicação das medidas educativas. Assim é que se impõe a existência de Programas para encaminhamento dos infratores, sejam os educativos do inciso III ou para a prestação de serviços à comunidade. Neste sentido, tem-se na comarca de Ponta Grossa o “P.A.R.E.!” e o OPUD – Oficina de Prevenção de Uso de Drogas, tanto para a advertência (inciso I), que é feita por equipe multidisciplinar, como para programas e cursos educativos (inciso III), de modo a cumprir com a finalidade da Lei.

Diante disto, conclui-se:

- a) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 não descreve crime nem contravenção; trata-se de infração de menor potencial ofensivo *sui generis*;
- b) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 permanece como crime no imaginário popular por força do discurso, desde a discussão do Projeto de Lei até mesmo a chegada do tema no STF; mas, tecnicamente não é crime nem contravenção.
- c) ao usuário encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sempre é de ser proposta a transação, independente dos requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95;
- d) para aplicação antecipada da medida educativa, mister a criação e manutenção de Programas próprios para este fim em cada comarca;
- e) em caso de descumprimento da medida transacionada, nova audiência é de ser designada para fins de admoestação verbal e, em último caso, imposição de multa (art. 28, § 6º, Lei 11.343/2006);
- f) somente é admissível o processo penal nas infrações do artigo 28 da Lei 11.343/2006 no caso do usuário recusar a transação, visando o reconhecimento da inocência ou, se não encontrado, para os fins do artigo 66. parágrafo único, da Lei 9099/95.

*REFLETINDO SOBRE O
ART. 244B, LEI 8069/1990
– APURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO
TIPO E OUVIDA DO INIMPUTÁVEL COAUTOR
DO DELITO NO JUÍZO COMUM¹*

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Promotora de Justiça do Paraná

Incomodada sobremaneira com o trato destinado ao crime de corrupção de menores, inserto no ECA com a Lei 12015, de 07 de agosto de 2009 (artigo 244b da Lei 8069/90), mas vigente desde 01 de julho de 1954, com a Lei 2.252/54, por ser o mesmo *presença obrigatória* em todas as peças processuais nas quais tenha havido a participação de pessoa menor de 18 anos na prática de delito em companhia de imputável, sem que se apure de forma segura a presença de todos os elementos do tipo, resolveu-se escrever estas linhas para levantar a questão: não estamos a fazer com este tipo penal uma verdadeira responsabilização objetiva? À discussão.

Já se disse que o Direito Penal, dentre os ramos do direito, é particularmente destacado no cenário jurídico por seu caráter sancionador e garantidor. Ao tempo que prevê sanções para o caso de violação de suas normas, garante o cidadão contra o arbítrio do Estado. Sua interpretação dá-se fincada em cânones pré-estabelecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) e a decisão há de ser racional e fundamentada, observadas as regras de argumentação (art. 93, IX², CF).

Num necessário diálogo da teoria com a prática, a análise de decisões de Tribunais Superiores e, em especial, do Superior do Tribunal de Justiça – quando não mais se discute matéria de fato – mostra que, no delito de corrupção de menores em particular, a fundamentação para condenar tem-se resumido à natureza do crime, reconhecida como formal. Daí para diante, presente um menor de 18 anos na prática do crime, condena-se o coautor imputável nas sanções do (agora) artigo 244b, *caput*, do ECA, sem questionar a prévia condição do sujeito passivo (isto é pecado mortal segundo a jurisprudência majoritária), ou mesmo a intenção do agente quanto ao caráter de seu companheiro de cena, ainda inimputável.

Uma breve passada na teoria do tipo, faz lembrar que não se trata de mera subsunção do comportamento externado pelo agente com a descrição da conduta na lei penal, que faz ser crime o ato praticado. No dizer de TOLEDO³, “para ser agente de um crime não basta, pois, figurar fisicamente na cadeia causal como natureza morta. É preciso contribuir para o resultado como pessoa humana, dotada de vontade, mal utilizada (nos crimes de ação)”. É preciso ter a intenção de preencher a descrição típica, a fim de que se possa dizer tenha havido um crime.

Nada mais é a afirmação anterior do que o reconhecimento dos elementos do tipo legal de crime. No artigo 244b da Lei 8.069/90, a parte objetiva trata-se da norma incriminadora composta de “dois momentos ou dois preceitos: o denominado *preceptum juris*, ou comando principal, no qual vem descrita a conduta ilícita e o *preceito secundário*, ou *sanctio juris*, no qual vem explícita a penalidade que resulta da prática do ato penalmente ilícito (...) contém uma ordem ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para seu cumprimento e eficácia⁴”.

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1o Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2o As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Vale dizer, sendo a descrição positiva “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo a praticá-la”, o imperativo legal é a proibição deste fazer. Para manter-se nos limites da licitude, “não se deve corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos; não se deve praticar infração penal em companhia de menor de 18 anos, nem induzi-los a praticar este tipo de ação” sob pena de ser condenado ao cumprimento de 01 a 04 anos de reclusão.

Pari passu com a descrição objetiva do tipo penal, está o elemento subjetivo do tipo. Superada a teoria causal da ação, que tinha a conduta causadora do resultado típico analisada sob o prisma naturalístico, sem valorar a intenção do sujeito, “o finalismo ... crendo que a conduta deve ser valorada, porque se trata de um juízo de realidade, e não fictício, deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico. Assim, a conduta sob o prisma finalístico, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade⁵”

² **Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

X – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³ TOLEDO, Francisco de A. **Princípios Básicos de Direito Penal.** São Paulo : Saraiva, 1999, p. 138.

⁴ MARQUES, José F. Tratado de Direito Penal, v. I, Campinas : Bookseller, 1997, p. 157-58.

⁵ NUCCI, Guilherme de S. Código Penal Comentado. 8ª ed., São Paulo : RT, 2008, p. 120.

Nos exatos termos do artigo 18, I⁶, do CP, tem-se preenchido o elemento subjetivo do artigo 244b da Lei 8.069/90, quando o agente *quiser corromper* ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, *ou assumir o risco* de fazê-lo. Segue a construção deste tipo, é preciso que a *corrupção ou facilitação da corrupção* [do caráter] do menor de 18 anos, se dê através da prática conjunta de infração penal ou de induzimento para fazê-lo. Fechou – em tese.

Notadamente a partir de 2008, a jurisprudência passou a considerar o artigo 244b da Lei 8.069/90 no todo – o corromper e o facilitar a corrupção – um crime formal (sem necessidade de prova da corrupção anterior), no qual a simples presença de menor de 18 anos como coautor implica na condenação pelo crime previsto no ECA (praticamente uma responsabilização objetiva). Não se questiona se as condutas proibidas têm natureza e exigência de resultado, no mundo naturalístico, diferentes (corromper vai além de facilitar a corrupção), e muito menos se o agente tinha a intenção de *corromper ou facilitar a corrupção* de seu colega de empreitada criminosa. Assim é que foi editada a Súmula 500 do STJ, em 23.10.2013: “a configuração do crime do art. 244b do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por tratar-se de delito material”.

(não se vai aqui ater aos cânones interpretativos do artigo de lei, para concluir pela natureza de cada qual das ações. Corromper, exigindo o resultado naturalístico e prova dele; e o facilitar a corrupção sem necessidade de tanto. Ou ainda, o questionamento em caso de menor de 18 anos já corrompido, com extensa lista de antecedentes de ato infracional, da possibilidade de ser sujeito passivo deste delito, seja numa ou noutra modalidade de ação)

A grande preocupação dos Tribunais para dar por preenchido o tipo penal é a prova da idade do sujeito passivo. Nesse sentido, a 1ª Turma Supremo Tribunal Federal, No HC 123779/MG, Relatora: Min Rosa Weber, julgamento em 03.03.2015, DJU 043, de 19.03.2015 e também a 2ª Turma, no HC 132204, Relator: Min Teori Zavascki, julgamento em 24.06.2016, DJU 094, de 11.05.2016:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DA LEI 8.069/1990. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. ART. 155, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PROVA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. 1. Para efeitos penais, a comprovação da idade, como as outras situações quanto ao estado das pessoas, há de ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil. Inteligência do parágrafo único do art. 155 do CPP. Precedentes. 2. No caso, os pacientes foram condenados por corromper menor de 18 anos (art. 244-B da Lei 8.069/1990), cuja idade, no entanto, derivou de declarações prestadas perante a Delegacia da Criança e do Adolescente, desacompanhadas de qualquer documento civil de identificação. 3. Assim, por se tratar de circunstância elementar do tipo, a ausência de base probatória idônea impede o juízo condenatório, que deve sempre estar calcado em elementos de certeza e em consonância com as regras processuais próprias. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.

(HC 132204, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016⁷)

Depois deste quesito – prova da idade – vem a prova do delito praticado em conjunto com o inimputável penalmente, como indispensável. Afinal, a corrupção de menores é dependente da existência do crime anterior.

APELAÇÃO. FURTO. CORRUPÇÃO DE MENORES, ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. A versão verossímil dos acusados se sobrepõe a prova duvidosa da autoria e encaminha à absolvição. Absolvidos do delito principal, não podem os acusados serem responsabilizados pelo delito de corrupção de menores em face do mesmo fato. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70035661768, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 09/06/2010⁸)

Afora isto – a prova da idade e da existência do crime praticado em concurso com o menor de 18 anos ou do crime que este foi induzido a praticar – não se permite outro questionamento sobre o tipo. Aparece na denúncia descrita a conduta e enquadrada no artigo 244 da Lei 8.069/90, passa a integrar a condenação e, em sede recursal, a manutenção das decisões se dá com base na tese de ser um crime formal.

Dos Tribunais Estaduais, pode-se destacar:

⁶ Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%27%E3o+e+menores%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jmok42>, acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

⁸ Disponível em www.tjrs.jus.br, acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

(1) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:”. EMENTA: APELAÇÃO CRIME - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS(...) - PLEITO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, DA LEI Nº 8.069/90) - INVIABILIDADE - CRIME FORMAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA 500, STJ - COMPROVADA A PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA DE CRIME EM CONJUNTO COM AGENTES MAIORES DE 18 ANOS, RECAI SOBRE ELAS A RESPONSABILIDADE PENAL POR CONSTRANGER O ADOLESCENTE A NOVA PRÁTICA DELITUOSA DE FORMA A CONFIGURAR O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÕES MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Apelação Crime nº 1.349.837-2 fls. 2/14 1) Sólido o conjunto probatório, bem como presente a confissão do apelante da prática delitiva, escorreita a condenação pelo crime de roubo majorado.2) Consoante o disposto na Súmula nº 500, do Superior Tribunal de Justiça, “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”. (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1291909-4 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 26.02.2015). ”

No corpo do Acórdão está a justificativa de ser este um crime formal, mas não se atenta para a direção volitiva do agir (se para atingir o patrimônio alheio tão somente; ou se, com desígnio autônomo, colocar em risco a integridade do adolescente): “Outrossim, diversamente do sustentado pela Defesa, o apelante agiu em união de desígnios e acordo de vontades com os demais agentes na prática da subtração, em perfeita divisão de tarefas, sendo a figura no condutor responsável por levar a res furtiva e dar fuga a um dos agentes do roubo, de grande importância para o êxito da empreitada criminosa. (...) No que tange ao pedido de absolvição quanto ao crime de corrupção de menores, melhor sorte não assiste ao apelante. O argumento de não ter ficado comprovado que o envolvimento do menor na ação delitiva o tenha corrompido de tal forma que pudesse alterar suas características morais, ou seja, que o adolescente não foi corrompido pelo apelante não merece prosperar (...) o delito de corrupção de menores tem natureza formal, ou seja, prescinde da demonstração de efetiva e posterior corrupção. Nesse sentido é o teor da Súmula nº 500 do egrégio Superior Tribunal de Justiça: (...). O delito de corrupção de menores tampouco pode ser excluído se antes dos fatos o adolescente já era corrompido, na medida em que tanto a contribuição à marginalização do adolescente quanto à prévia inocência moral deste são circunstâncias que devem ser presumidas. É suficiente que a prática delitiva tenha sido realizada juntamente com um adolescente, de maneira que não se pode exigir qualquer pressuposto adicional para sua tipificação. Vale dizer, o crime de corrupção de menores é de perigo presumido, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. (...) Em função de ter o apelante praticado ato criminoso, em concurso com o adolescente, isso demonstra o ingresso do jovem em ambiente danoso ao seu desenvolvimento sadio ou, ao menos, sua manutenção neste universo prejudicial.⁹⁷”

(2) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no mesmo sentido, questionando somente o dolo do crime principal: “ APELAÇÃO-CRIME. ART. 180, CAPUT, DO CP. ART. 14, DA LEI 10.826/03. ART. 244-B, CAPUT, DA LEI Nº 8.069/90. RECEPÇÃO ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. (...) CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA POR TODOS OS FATOS. I - (...). V - Tratando-se a receptação dolosa de crime que exige o dolo direto, impõe-se a demonstração de que o agente, ao praticar o ato, sabia da origem ilícita do bem. O réu estava em poder de veículo automotor que constava de situação de roubo e, embora alegasse a sua boa-fé, deixou de trazer qualquer prova de tê-lo adquirido regularmente, ou que realmente estava apenas de carona com os dois menores que encontravam-se junto no momento dos fatos. VI - Materialidade e autoria delitiva do porte ilegal de arma de fogo restaram consubstanciadas (...). VII - O Superior Tribunal de Justiça consolidou posição de que o delito de corrupção de menores tem natureza formal (Súmula n. 500, do STJ, decorrente do recurso especial representativo de controvérsia 1.127.954/DF, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, de 01.02.2012). (...). (Apelação Crime Nº 70069314102, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evelyn Vieira de Borba, Julgado em 30/06/2016)¹⁰⁷. Também: “ A corrupção de menores é crime formal, sendo desnecessária a demonstração de que os menores tenham sido corrompidos (Súmula nº 500 do STJ). Os menores se encontravam no local onde estava o réu, juntamente com drogas e balanças de precisão. Condenação pelo crime do artigo 244-B do ECA, sendo aplicada a pena em seu patamar mínimo. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70068952076, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 14/07/2016)”

Outro julgado, tomando a ação conjunta do adolescente para o êxito do crime como fundamento bastante para a condenação, com análise somente do dolo do crime anterior: “ROUBO E RECEPÇÃO. Prova amplamente incriminatória. (...) Dolo de receptação de difícil comprovação, justamente por se tratar de elemento subjetivo do tipo, de difícil percepção. Circunstâncias da prisão, indicadoras da ciência da origem espúria do veículo, seja porque os imputados não possuíam a documentação pertinente, seja porque estavam utilizando o veículo para praticar outro roubo. Prova segura CORRUPÇÃO DE MENORES. Sumulado entendimento, no âmbito do E. STJ (Súmula 500) no sentido de que o crime de corrupção de menores, porque delito formal, prescinde da prova da efetiva corrupção do menor, bastando que tenha participado da prática delitiva, o que em consonância com o entendimento proclamado pelo E. STF. Hipótese em que demonstrado, à saciedade, que a conduta delitiva teve o envolvimento de adolescente, o qual foi reconhecido pelas vítimas como autor do roubo, em consonância com a confissão que ele fez, em procedimento para apuração de ato infracional. Condenação mantida. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. IMPROVIDOS OS APELOS, NO MÉRITO. (Apelação Crime Nº 70067735795, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/06/2016)”

9 Disponível em www.tjpr.jus.br, acesso em 18 jul 2016 0- sem grifo no original.

10 Disponível em www.tjrs.jus.br, acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

(3) Tribunal de Justiça de São Paulo: “FURTO QUALIFICADO, DANO QUALIFICADO e CORRUPÇÃO DE MENORES – Autoria e materialidade comprovados nos autos – Qualificadora do furto escorreitamente reconhecida – Corrupção de menores – Crime formal e autônomo – (...) Recurso improvido”.

Do corpo do Acórdão, sequer o desconhecimento da idade do menor foi considerado: “Não há dúvidas, portanto, a respeito da subtração levada cabo por IGOR, que contou com a participação do adolescente Andrei (...) o reconhecimento da autoria dos crimes, nesse contexto, era mesmo de rigor (...) A corrupção de menores efetivamente se operou, e foi corretamente reconhecido o concurso material entre esse crime e os de dano qualificado e furto qualificado, eis que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a formação da personalidade e o desenvolvimento moral das crianças e dos adolescentes; e o ato de praticar crimes com menor repercute na estruturação ainda incompleta da personalidade do jovem. O caso está em concorrer para que este passe a ter o cometimento de crimes como parte do horizonte normal de suas ações – corrompendo-o por este modo. Esse bem jurídico é absolutamente diverso daqueles ofendidos pelos demais delitos praticados, e enquanto o furto resulta de ação praticada pelo maior e pelo menor, em coautoria, a corrupção tem no jovem a sua vítima – processando-se em ação de exclusiva responsabilidade do réu, no âmbito psíquico do jovem, concluída antes dos atos exteriores tendentes à prática do crime material (...) para a caracterização do crime de corrupção de menores é indiferente que o crime material dela tributário atinja a consumação; a rigor, a possibilidade de se tratar o crime de corrupção como **formal**, endossada pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula nº 500, deriva da percepção que esse resultado é **inevitável**, sobre tudo quando se trata de caráter cujas disposições ainda não estão completamente definidas: a prática de um crime **nunca** deixa de influir nessas disposições; e concorrer para distorcê-las, participando dessa prática, ainda que alegue o corruptor desconhecer a sua idade, já é corromper o menor¹¹”

Do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Supremo Tribunal Federal, não se pode esperar a análise da situação fática – se o menor aparentava ser menor; de quem partiu a iniciativa da ação criminosa; se o imputável ganhou a adesão voluntária do menor de 18 anos, aliciou-o ou foi por ele convidado para o crime; a vida progressiva do adolescente, etc. Cinge-se à prova dos elementos objetivos do tipo (aqui, em especial, da idade do menor de 18 anos).

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 1º LEI N. 2.252/54, ART. 1º). DOLO. REEXAME DE FATOS. CRIME FORMAL, NÃO SE EXIGINDO, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A ANTERIOR CONDIÇÃO DE CORROMPIDO DO MENOR. PRECEDENTES. 1. O elemento subjetivo do tipo, in casu, é o dolo e sua eventual ausência não pode ser examinada na via estreita do writ. Consectariamente, não há como concluir-se sobre se os menores foram, ou não, induzidos à prática do crime de furto pelo paciente sem o aprofundado reexame de fatos e provas, no afã de aferir-se a tipificação do fato ao crime de corrupção de menores. 2. (...). 3. A mens legis da norma insculpida no art. 1º da Lei n. 2.252/54 é a integridade moral do menor de dezoito anos e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o menor já se encontre corrompido, por ter praticado algum crime, não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos escopos consubstanciadores do direito penal na recuperação e na reinserção do infrator na sociedade do menor de dezoito anos, cuja integridade moral é bem jurídico tutelado pelo artigo 1º da Lei n. 2.252/54. 4. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do menor, uma vez que o anseio social é a sua recuperação. 5. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o maior pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: HC 92.014/SP, Rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04/12/2009. (RHC 103354, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-152 DIVULG 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 EMENT VOL-02562-01 PP-00118¹²)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO DE NATUREZA FORMAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.127.954/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 1º/2/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que haja evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, porquanto se trata de delito de natureza formal.

¹¹ Disponível em www.tjsp.jus.br, acesso em 18 jul 2016 – os negritos estão no original.

¹² Disponível em , acesso em 18 jul 2016 -sem grifo no original.

2. Tendo sido comprovado que os recorridos (um deles, o ora agravante), quando do cometimento do delito de roubo, agiram em unidade de desígnios com o adolescente C. H. L. D., mostra-se in- viável a sua absolvição em relação ao crime descrito no art. 244-B do ECA.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1491069/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)¹³)

Não se vai aqui aprofundar a discussão para a natureza do crime tendo em conta o verbo praticado – se formal (facilitar a corrupção) ou material (corromper) – mas é preciso questionar, tomando por ponto de partida este último julgado transcrito: qual o desígnio que moveu o recorrido? Se foi em unidade de desígnio com o adolescente, decerto que se está afirmando quanto à violação do bem jurídico do crime principal. Mas, e em relação à corrupção de menores, havia, se não a intenção de corromper ou facilitar a corrupção, ao menos a assunção do risco de fazê-lo?

É possível quando o imputável atrai o menor de 18 anos para a prática do crime, seja em concurso, seja induzindo-o a fazê-lo sozinho, *assumir o risco* de facilitar sua corrupção, se corrupto ainda não é (pode-se tratar adiante, como no caso em que a iniciativa da prática delitativa parte do menor). Mas, esta categoria de dolo deve estar descrita na inicial para que se permita uma condenação nesse sentido (princípio da congruência, ou correlação, da sentença) e também o pleno exercício da defesa¹⁴.

Uma luz no final do túnel, encontra-se em julgado de relatoria do Min Félix Fischer sobre este delito – REsp 1043849/PR, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 29/09/2008 –, no corpo do Acórdão, ao afirmar que a situação de corrupção ou não do menor é uma presunção *juris tantum*. Todavia, não deixa de decidir com a maioria.

Sobre a inocência moral do menor anterior à prática do delito, segundo o Ministro, “esta se presume *juris tantum* (e aí, não *iuris et de iure*) como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido, por óbvio, não pode ser vítima do delito sob exame. Todavia, é de difícil aceitação que o réu, adulto, tenha a seu favor a presunção de inocência e o menor envolvido tenha contra si uma presunção oposta”. Continua, a falar do elemento subjetivo do tipo, mas sem exigir a sua análise no caso concreto: “por outro lado, o tipo insculpido no art 1º da Lei 22.52/54 deixa nítida sua condição de congruente (...) ou de congruente simétrico (...) esgotando-se o tipo subjetivo no dolo e sendo prescindível qualquer outro elemento subjetivo (...)”. Arremata trazendo à baila a *firme orientação* do Tribunal, de que basta a participação de menor de 18 anos na infração penal para que se tenha o tipo perfectibilizado.

No fundamento de outro acórdão, de relatoria do mesmo Ministro (REsp 822977/RJ, 5ª T, DJU 30.10.2006), também se evolui para questionar a prova para condenação pelo crime do artigo 244b da Lei 8.069/90 (ainda assim a prova de elemento objetivo do tipo): “*in casu*, restou cabalmente demonstrado, através de documentos, conforme reconhecido na sentença condenatória quanto no v.acórdão guerreado, que os menores que participaram da conduta delituosa já contavam com diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais graves, inclusive com a aplicação de várias medidas sócio-educativas (...) não se verifica a prática do delito previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54¹⁵”.

Por fim, é de se questionar em termos processuais penais a necessidade de repetição do depoimento do menor de 18 anos envolvido, no crime principal apurado, no Juízo Comum. Sabido que a prática de ato infracional gera procedimento próprio, que no processo penal o menor de 18 anos é vítima, dois são os argumentos que permitiriam o traslado da prova produzida na Vara da Infância e da Juventude para o processo penal. Primeiro, a não (re)vitimização do menor de 18 anos – destaque-se que se está a caminhar para inserção do “depoimento sem dano”, como consta do anteprojeto do CPP trâmite; depois, por ter sido produzido sob o crivo do contraditório na Vara Especial, a cópia do depoimento juntado no processo penal, se não contestado pelas partes, passa a fazer parte integrante do processo como *documento* e assim será considerado para fins de fundamentação da sentença (não se está a falar em *prova emprestada* pura). Também, pode-se invocar economia processual (uma intimação a menos, um ato processual a menos, porque a prova já foi produzida no outro Juízo), o que não impede de, se fundamentado o pedido de repetição no Juízo Comum, este vir a acontecer.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. Não há falar em ofensa ao contraditório com a juntada do depoimento prestado perante o Juizado da Infância e da Juventude pelo menor participante do roubo. De salientar que este documento não teve valor fundamental para o decreto condenatório, tratando-se de prova complementar, de sorte que não há falar sequer em prejuízo ao condenado. (...). Preliminar de nulidade afastada. (...). PRELIMINAR AFASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70041144387, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 17/03/2011¹⁶)

¹³ Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+absol-vi%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acesso em 18 jul 2016. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+dolo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j88ee7d>

¹⁴ LOPES Jr. Aury. Direito Processual Penal, 9ª ed., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1087/1088.

¹⁵ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3964184&num_regis-tro=200800656434&data=20080929&tipo=91&formato=PDF, acesso em 18 jul 2016.

¹⁶ Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+depoimento+e+inf%C3%A2ncia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&-client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+absolvi%C3%A7%C3%A3o&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris, acesso em 19 jul 2016.

CONCLUSÕES:

- (a) o crime de corrupção de menores é autônomo e dependente da infração praticada em concurso com o menor de 18 anos;
- (b) há necessidade da prova documental comprobatória da condição de menor de 18 anos do coautor do crime principal;
- (c) ao descrever o crime de corrupção de menores na denúncia é preciso especificar se a prática se deu por dolo direto (de forma consciente e deliberada) ou dolo eventual (assumiu o risco de produzir o resultado) e em qual modalidade de conduta (corromper ou facilitar a corrupção);
- (d) a instrução processual deve perquirir se o imputável tinha ciência da condição do menor e se laborou no sentido de, ao menos, correr o risco de corrompê-lo ou facilitar sua corrupção.
- (e) é aconselhável trasladar o depoimento do menor de 18 anos da Vara da Infância e da Juventude para o processo no Juízo Comum, que passa a integrar o processo como documento, evitando a revitimização deste, que aqui figura como ofendido,
- (f) da forma como se tem posicionado a jurisprudência, a prática de crime em concurso com menor de 18 anos está praticamente a gerar responsabilidade objetiva.

*A INCONSTITUCIONALIDADE DO PL
Nº 7.596/2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS)^{1 2}*

TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² PLS nº 280/16 ou PLS nº 85/2017, ambos do Senado Federal, já aprovados naquela Casa.

* 5º Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo-SP

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

O projeto de lei nº 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, auto-denominado *abuso de autoridade*, é inconstitucional em razão da inobservância do fundamento republicano (na dimensão do aviltamento do interesse público), e dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente); e caracteriza abuso do poder de legislar.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, que foi exorbitado. Estas circunstâncias exigem um controle de constitucionalidade preventivo (judicial³ ou legislativo) ou repressivo (judicial). Eventual aprovação implicará na criminalização da hermenêutica jurídica e na institucionalização do tratamento desigual aos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –; criará dificuldades para o exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicará o esclarecimento de infrações penais e a responsabilização dos respectivos autores, impedirá a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e conseqüente pacificação da convivência, cerceará exercício regular da autoridade do sistema de justiça, gerará um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causará abalos a elementos (órgãos e instituições) intrínsecos do regime democrático.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O projeto de lei nº 7.596/2017, da Câmara dos Deputados, padece de diversas inconstitucionalidades, especialmente a violação do devido processo legislativo, caracterizada pela inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente).

O abuso do poder de legislar, por excesso ou deficiência, é matéria que há muito congrega preocupações. O absolutismo concentrador de poderes que vigorou durante séculos e suas violações fez surgir inúmeras teorias que, gradativamente, limitaram seu exercício, como a da soberania popular, de Rousseau, e a da tripartição dos poderes, de Montesquieu.

Na Inglaterra, em 1215, a Magna Carta limitou o poder reinol de impor tributos e vedou o confisco nos seus primeiros dispositivos. Trata-se de clara preocupação com os excessos fiscais então praticados ou, noutras palavras, com o abuso do poder de legislar. O *Bill of Rights* inglês, de 1689, considerou ilegal que o rei suspenda a vigência de leis ou autorize o seu descumprimento, e estabeleceu que o monarca não pode lançar tributos sem autorização do Parlamento. É o primeiro documento oficial que garante a participação popular, por meio de representantes, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade e vedou, ainda, a instituição de impostos excessivos, de punições cruéis e incomuns.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), logo no preâmbulo destaca a corrupção e os atos dos Poderes Executivo e Legislativo contra os quais busca proteção - *Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.* (g.n.)

Em 1789 a Carta de Direitos dos Estados Unidos da América (*Bill of Rights*) também conteve o abuso do poder de legislar. Dentre as dez emendas à Constituição estadunidense destaca-se a primeira, que expressa típica proibição do abuso legislativo - *O Congresso não deve fazer nenhuma lei em observância a um dogma religioso, ou proibindo seu livre exercício; ou abdicando da liberdade de expressão, ou de imprensa; ou do direito das pessoas de se reunirem de forma pacífica e de solicitarem ao governo uma reparação de queixas.*

Historicamente, portanto, o abuso do poder de legislar – das mais cometidas espécies de exercício arbitrário do poder – foi um dos motivos do surgimento das principais Cartas de Direitos, e até hoje é causa de justas preocupações pena, inclusive, de rompimento democrático.

³ Precedente: STF, Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530-DF. Rel. Min. Luiz Fux, j. 14 de dezembro de 2016. DJE nº 35, de 21 de fevereiro de 2017.

A história brasileira também registra que os detentores do poder de legislar utilizaram-se dele para fins indevidos. Com base na lei o Partido Comunista foi privado de participar oficialmente do processo político. O ordenamento jurídico autorizou que os agentes da *lei e da ordem* dissolvessem, mediante violência física, manifestações legítimas; liquidassem associações; e impedissem reivindicações honestas. Em nome da lei pessoas foram capturadas, presas, torturadas e até mesmo mortas nos anos de chumbo.

O Ato Institucional Número Cinco (AI-5) resultou na perda de mandatos de parlamentares, nas intervenções ordenadas pelo Presidente, e na suspensão de garantias constitucionais que implicaram na violação de direitos humanos. O Presidente da República recebeu autoridade para fechar o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas dos Estados; assumir, durante os períodos de recesso forçado as funções do poder legislativo; intervir em Estados e Municípios sob o pretexto da *segurança nacional*; suspender as autoridades locais e nomear interventores federais; instituir a censura; suspender o *habeas corpus* nos crimes políticos; decretar a suspensão de direitos políticos dos cidadãos considerados subversivos; e lançar determinados decretos que não estavam sujeitos à controle judicial. A escravidão, exemplo máximo de desrespeito aos direitos humanos e de abuso através do controle econômico, já encontrou respaldo na lei.

Miguel Reale advertia que *não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do Estado Federal, quando há normas vigentes estabelecendo um “código superior de deveres”, o ato legislativo não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao “processo legislativo” para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem jurídica.*⁴ Araújo Junior ressalta que *os detentores do poder de fazer as leis, corrompidos pelo interesse, pelo prazer da exibição de poder, muitas vezes se apropriam do instrumento legislativo para fazer impor aos outros sua vontade e, com isso, obter vantagens.*⁵

Não se pode fechar os olhos para a realidade. Sabidamente grandes empresas exercem pressão econômica para obter leis que as beneficiem nas relações com consumidores e com seus empregados, no controle de negócios, e na facilitação de empréstimos, financiamentos e benefícios fiscais.

Atualmente, nenhuma Constituição pode ser chamada de democrática se não conceber um sistema eficiente de divisão e controle recíproco dos poderes do Estado. É o chamado sistema de freios e contrapesos que contempla também o poder de legislar, impondo-lhe limites.

O Legislativo ocupa, na configuração tradicional da tripartição dos poderes, relevância indiscutível afetada à delicada tarefa de elaboração das leis. A abrangência, a abstração, a coerção e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam a grandeza desta função.

É da essência do regime democrático representativo que muitas das decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo. Consequentemente a competência legislativa implica em uma responsabilidade qualificada que impõe ao legislador a obrigação de empreender providências essenciais à população. A legislatura é, portanto, um dever do Poder Legislativo representante, e um direito do povo representado.

Mas não é um poder soberano, absoluto ou ilimitado, e sim regrado, em respeito ao Estado de Direito e ao regime democrático representativo ou indireto, e cuja ofensa, ostensiva ou sub-reptícia, converte a norma em condenável arbítrio. Os fundamentos de legitimidade democrática do ordenamento jurídico estão na sua constitucionalidade, que exige respeito aos princípios insculpidos na Constituição Federal; na regularidade procedimental; e na imparcialidade moral; assegurada, sempre, a possibilidade de manifestação direta da vontade daqueles que serão afetados pelas normas. Do contrário, o regime jurídico poderá servir a uma ordenação social injusta.

Também o reconhecimento da função ativa e independente a ser desempenhada pelos órgãos e instituições do sistema de justiça é elemento intrínseco à natureza do sistema democrático, e deve sempre orientar o legislador. Pautado por critérios jurídicos e respeitado o regramento constitucional, o sistema de justiça pacifica a convivência sem arrefecer progressos, pela prevenção ou solução de conflitos.

Conforme magistério de Miguel Reale, *alegar-se-á que a lei pode tudo, até mesmo converter o vermelho em verde, para eliminar proibições e permitir a passagem de benesses, mas há erro grave neste raciocínio. As vedações constitucionais, quando ladeadas em virtude de processos oblíquos, caracterizam desvio de poder e, como tais, são nulas de pleno direito.*⁶ Araújo Junior anota que *a apropriação do poder de legislar e, conseqüentemente, de instrumentalizar o direito abusivamente, pode ocorrer de várias formas.*⁷ Assevera que o abuso do poder de legislar *podrá ser destinado a socorrer membros do grupo hegemônico em eventual dificuldade; que a lei penal poderá ser instrumentalizada para garantir a impunidade; e que o direito pode ser utilizado no sentido de eternizar o grupo dominante. Exemplifica com as leis que historicamente fixaram, ou deixaram de fixar, as áreas indígenas.* Menciona a expropriação de bens, e o *revanchismo político para sufocar classes funcionais que se mostraram hostis, através do estrangulamento de seus vencimentos.*

⁴ REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT 39/40, 1975. p. 76/77.

⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995. p. 90.

⁶ Ob. cit. p. 76/77.

⁷ Ob. cit. p. 90 e seguintes.

Desta maneira, o dever/poder de produzir normas jurídicas, contanto em parte política – porque encerra exercício de representação da vontade popular –, só é legítimo e constitucional se executado regularmente, voltado para os interesses públicos que motivaram a atribuição da competência legislativa, e sob o controle do Poder Judiciário. Do contrário, ver-se-á o legislador perdido em descaminhos, seduzido pela tentação de outorgar benefícios ou autorizar perseguições através de artifícios à margem dos princípios que devem informar o processo legislativo e toda a Administração Pública. Não raro a lei, sub-repticiamente, deforma ou subverte a Constituição Federal.

Daqui extrai-se a conceituação do abuso do poder de legislar. A atividade legislativa será abusiva, por ação ou omissão, sempre que ilegítima – para a satisfação de interesse diverso daquele que determinou o dever/poder constitucional de elaborar leis – ou irregular – porque os motivos determinantes do exercício daquele dever/poder não estão presentes, ou por inconstitucionalidade (formal ou material).

A legitimidade está relacionada com o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.⁸ A moderna doutrina constitucionalista informa que a utilização de fórmulas motivadas por razões espúrias ou ilegais (sentido amplo), contraria os princípios básicos do estado de direito, como a moralidade, a impessoalidade, e a eficiência. Em matéria de inconstitucionalidade não devemos nos ater apenas a aspectos estritamente formais, mas antes procurar verificar, no caso concreto, aquilo que a Constituição Federal ordena, com base no bem comum, e aquilo que a lei ordinária determina.

Esse dever/poder de legislar precisa acompanhar as necessidades da vida moderna, o que cobra uma resposta rápida e eficaz dos problemas identificados. É um dever de agir, adstrito à necessidade, qualificado pela presteza e eficiência, pois os espaços não ocupados pelo legislador podem ser tomados pelo arbítrio. Não por outra razão há mecanismos constitucionais de controle da omissão legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão.

Mas isto não se confunde com a formulação legislativa apressada que ocasiona graves deficiências como a incompletude, a incompatibilidade sistêmica, e a inconstitucionalidade. Por este motivo muitas leis são precedidas de estudos minudentes, prognósticos, levantamentos, audiências públicas, consultas, colaborações, etc. As consequências de eventual imprevisão e da imperícia podem causar danos irreparáveis.

Também não se pode tomar o dever de legislar como uma advertência absoluta da obrigatoriedade de edição de normas. Em um regime democrático a regra é a presunção de liberdade e o consequente regime legal mínimo – a inexistência de regulamentação não implica, necessariamente, no caos. É certo que a universalidade da atividade legislativa comporta poucas limitações materiais, mas o direito natural à liberdade que fundamenta o Estado democrático de Direito pressupõe a intervenção mínima na vida de cada pessoa e se sobrepõe ao dever normativo, tornando o exercício da competência para legislar em uma atividade subsidiária. Isto implica dizer que a elaboração de normas está adstrita também ao princípio da necessidade, que obsta a promulgação de leis supérfluas ou iterativas – hipótese de abuso do poder de legislar.

A regularidade pertence ao universo do devido processo legislativo, e consiste na observância do conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento dos órgãos competentes na produção de leis ou atos normativos.⁹ O devido processo legislativo, corolário da legalidade, comporta três gêneros de limites a serem observados: formais ou procedimentais, circunstanciais, e materiais ou de mérito. Deve ser obedecido o procedimento legislativo, no momento oportuno, versando sobre matéria em conformidade com a Constituição.

As limitações formais ao poder de legislar abarcam todas as disposições específicas do processo legislativo (competência, iniciativa, trâmite, discussões, deliberações, votação, sanção ou veto e promulgação). Os limites circunstanciais evitam modificações no texto constitucional em certas ocasiões anormais e excepcionais no país, para evitar cerceamento da liberdade e independência de órgãos e instituições (estado de sítio, de defesa ou intervenção federal). Os limites materiais são diversos, e envolvem também temas sobre os quais o Parlamento sequer pode legislar – as chamadas cláusulas pétreas.

Estas cláusulas, que sempre devem ser observadas, não são passíveis de alteração ou desrespeito. Dentre elas estão princípios importantíssimos da vida moderna como a separação e independência dos Poderes e os direitos e garantias individuais (moralidade, razoabilidade, eficiência, proporcionalidade, etc.), entre outros. Dentre estas destacamos a isonomia no dever/poder de legislar pois, como adverte o preclaro Francisco Campos, *não é lícito à lei discriminar entre indivíduos os casos entre os quais existe uma relação de igualdade, conferindo a uns vantagens ou regalias que não se tornem extensivas aos casos ou indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei tomou como base, critério ou razão para o tratamento que dispensou aos primeiros*.¹⁰

Em matéria penal também devem ser incluídos os princípios constitucionais da legalidade ou da reserva legal (*lex scripta*); da taxatividade (*lex certa* ou *lex stricta*); da fragmentariedade; da intervenção mínima ou subsidiariedade; da culpabilidade; da humanidade; da proporcionalidade da pena; e da igualdade; inclusive.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 506.

⁹ Idem.

¹⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 189

A inobservância dos limites da atividade parlamentar, definidos na legislação, de compulsório atendimento ou, noutras palavras, o abuso do poder de legislar, está sujeito ao controle preventivo e repressivo do Poder Judiciário. Isto porque contanto sabidamente desejável, nem sempre estes limites são observados com o necessário rigor. Não raro prevalecem, no processo legislativo, fatores políticos, econômico-financeiros ou de outra índole impostos através de artifícios indébitos que contornam o regramento da atividade parlamentar – tornando-o letra morta –, o que resulta na aprovação de leis inconstitucionais.

Como advertiu Miguel Reale *infelizmente, não é raro que, sob a mais aparatosa das “finalidades humanísticas” se realizem soluções que albergam vícios insanáveis de ilegalidade, para não falar das situações funcionais que redundam em reprováveis privilégios, rompendo a linha de proporcionalidade e de isonomia que deve reger as formas de retribuição material do serviço público.*¹¹

O abuso do poder de legislar fere a Constituição Federal, causa insegurança jurídica, macula a separação dos poderes, gera instabilidades, infringe direitos e pode, até mesmo, implicar em uma quebra da democracia representativa. A imposição das modernas ditaduras não escapa do uso da força, onipresente em sistemas autoritários, mas utiliza-se, sobretudo, de leis abusivas como instrumentos para sedimentar-se no poder e nele perpetuar.

O projeto de lei nº 7.596/2017, já aprovado pelo Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, é típica expressão do abuso de poder porque viola o devido processo legislativo a partir da inobservância dos princípios da isonomia, da proporcionalidade (vedação da proteção deficiente), da taxatividade da lei penal, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, e da eficiência.

O projeto fere a isonomia na medida em que cuida apenas de parcela dos crimes de abuso de poder – aqueles cometidos por autoridades do sistema de justiça. Não estão previstos tipos penais específicos relacionados a condutas peculiares dos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco outros abusos de poder como os crimes dos artigos 313 a 326 do Código Penal, os delitos insculpidos na lei de licitações, as infrações penais de responsabilidade, etc.

Além disso, não há motivos para que apenas nas hipóteses de crimes de abuso de poder contempladas no projeto, que sabidamente não abarca todas as suas espécies, contem com regulamentação especial como a obrigação judicial de fixação do valor mínimo de indenização proporcional aos danos sofridos. Em verdade, esta deve ser regra para todas as condenações criminais.

Também foi dado tratamento diferenciado nos efeitos da condenação dos crimes de abuso de poder elencados no projeto, se equiparados com outros crimes do mesmo gênero, como aqueles previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral). É o caso da corrupção, que não se limita às ações de funcionários públicos – mais ampla e presente nas relações de poder, muitas vezes com o objetivo de manter uma relação de dominação ou situação de anomia.

Todas as autoridades públicas que abusam do poder de que se acham investidas ou violam deveres da função exercida são indignas da confiança que lhes foi depositada, incapazes de bem e firmemente servirem aos interesses públicos. Vale lembrar que reconhecidamente *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

Não há razão jurídica que fundamente a criação de regras especiais sobre parte dos crimes de abuso de poder, sem o alcance de todos, distinguindo as autoridades públicas que cometem crimes previstos em lei específica daquelas que são condenadas por outras espécies de delitos de abuso de poder não contempladas na lei especial. A situação, se mantida, à evidência, fere a isonomia assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*).

A problemática já era identificada pela doutrina na análise da Lei nº 4.898/65 – *considerando a desigualdade de tratamento dado pela lei ao autor de um delito funcional de certa gravidade, como por exemplo o de concussão (CP, art. 316) e ao que cometeu um crime de abuso de autoridade, sustentávamos que o Magistrado deveria procura uma solução com base na equidade, não segundo o rigor da lei, mas, no dizer de Borges da Rosa, “com uma moderação e doçura razoáveis”.*¹²

E há mais. O projeto apenas criminaliza atividades típicas do sistema de justiça, como a hermenêutica, sem atingir outras formas de abuso de poder. O art. 1º, §2º do projeto padece do emprego irregular da expressão *por si só*. Por motivos notórios, sabidos e públicos, o crime de hermenêutica é típico dos regimes autoritários.

Nos dizeres de Rui Barbosa, o crime de hermenêutica torna Juizes e Promotores meros serviçais dos demais poderes constituídos. De acordo com o jurista – *para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.*¹³

¹¹ REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*. ob. cit. p. 74.

¹² FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 1999. p. 103.

¹³ BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XXIII, t. III, Rio de Janeiro: MEC, 1956. p. 228.

A função jurisdicional do estado é inerente a interpretação que possibilita a justa aplicação das leis. Interpretar é extrair o conteúdo e o significado da norma. A interpretação dos textos, do sentido das palavras, é a hermenêutica, essência da função jurisdicional. A construção de tipos penais atrelados a interpretação de fatos, provas ou normas é crime de hermenêutica que, como essência do sistema de justiça, implica em infração ao princípio da separação dos poderes.

Para além disso, nem todo atentado às liberdades individuais, cometidos por agentes públicos, constitui crime de abuso de autoridade. Exige-se, para a incidência da norma penal, que o sujeito ativo atue com o propósito específico de extrapolar o poder que lhe é conferido por lei, violando, por conseguinte, os direitos fundamentais daquele contra quem dirige sua conduta, o que não é observado pelo projeto. E deve-se exigir mais. Para que a conduta seja típica, é imprescindível a vontade livre e consciente de exorbitar de seu poder, na mesma linha daquilo demandado nos crimes previstos nos artigos 313 a 326 do Código Penal.

Isto porquê sabidamente as normas jurídicas muitas vezes comportam diferentes interpretações. Não raro identificamos, em um mesmo Tribunal, posicionamentos diversos sobre um único dispositivo.

Nestas condições, a punição de autoridades públicas em razão da simples divergência na interpretação de leis ou na avaliação de fatos e provas encerraria retrocesso capaz até mesmo de dificultar progressos reconhecidamente feitos pela jurisprudência.

Essas máculas na igualdade e na separação dos poderes implicam também em violação da proporcionalidade, na sua vertente de vedação da proteção deficiente.

O uso da autoridade, legítimo e saudável quando voltado para o interesse público e respeitados os limites legais, é inerente ao poder da Administração Pública, sem o qual seria impossível atingir o bem comum a que esta se destina. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, fruto da importante revolução francesa, já determinava, no art. 12, que **a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública**. Na mesma linha, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, na Seção 13, previa *que uma milícia bem regulamentada, com o corpo composto pelo povo, treinada para as armas, é a defesa adequada, natural e segura de um estado livre*.

Entretanto, o exercício do poder da Administração não é – e nem pode ser – desmedido. Encontra limites no ordenamento jurídico e apenas se legitima quando voltado para atender o bem comum. Eventuais excessos devem ser prevenidos e, caso identificados, reprimidos. Estabelece-se, portanto, uma relação de imprescindibilidade do emprego do poder da Administração com a igualmente necessária coibição dos abusos. Evidentemente que esta relação deve ser equilibrada, de modo que não se impeça o regular exercício da autoridade e tampouco se deixe de prevenir e punir os abusos eventualmente existentes.

Aqui incide, com grande valor, o princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot*) e a conseqüente proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*) – para o escorreito exercício do poder e para a punição dos desvios. Contanto não se encontre expresso na Constituição Federal, seu reconhecimento é unânime, na esteira da disposição do art. 5º, §2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*. É essencial observar a proporcionalidade elementar à salvaguarda dos direitos sociais e individuais e o exercício regular da autoridade, fundamental ao funcionamento da Administração Pública e conseqüentemente, à realização dos interesses públicos e atendimento do bem comum.

A vertente da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade atua como critério para a verificação de violação dos deveres estatais de proteção de direitos fundamentais. Está diretamente relacionada com a efetividade da ordem constitucional que não mais se satisfaz apenas com a vertente negativa, de abstenção, mas busca a intervenção pela realização plena dos direitos fundamentais.

E também as normas penais devem guardar sintonia com o princípio da proporcionalidade, exteriorizado pelos critérios da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, o legislador deve atuar dentro dos limites das vertentes negativa e positiva do princípio da proporcionalidade, impedindo-se excessos ou omissões, totais ou parciais. Em síntese, cumpre ao legislador estatuir um sistema de proteção constitucional-penal adequado.

O ato será inadequado quando não proteger os direitos fundamentais de maneira ótima, não será necessário quando existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará a proporcionalidade estrita se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau de plena realização do direito fundamental.¹⁴

No caso de exercício ou abuso de poder, em apreço, a proporcionalidade deve orientar as formas adequadas para a coibição deste, restrita aos meios que não impeçam o regular exercício daquele, imprescindível para a consecução do interesse público. A finalidade da criminalização do abuso de poder – coibir os excessos, regular o exercício escorreito das funções públicas e salvaguardar os direitos fundamentais – não pode implicar na depreciação da própria finalidade do poder conferido pela Constituição à Administração – atender ao interesse público e promover o bem comum.

¹⁴ Neste sentido: STF, Pleno, ADI 3.112-1/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007, DJE nº 131 de 26.10.2007.

O projeto, claramente viola a proporcionalidade, sobretudo a proteção insuficiente, ao tratar de maneira distintas situações que igualmente caracterizam abuso de poder, e quando impede o escorreito exercício da autoridade pública essencial ao atendimento eficiente dos fins a que a Administração se destina. Qualquer cerceamento ao regular exercício da autoridade pública implicará, ao fim e ao cabo, em empecilhos para a execução do interesse público e realização do bem comum – objetivo maior da vida em sociedade.

O apontado projeto também adota redação generalista nalguns de seus tipos penais, circunstância que viola o princípio da reserva legal – na forma da taxatividade que pressupõe a definição de todos os elementos que integram a conduta típica –, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Senão vejamos. O art. 9º, parágrafo único tipifica *–Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de (...)*. O art. 10 esculpe - *Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo (...)*. O artigo 12, parágrafo único, incisos I e II contém a elementar *imediatamente*. O inciso IV do parágrafo único do mesmo dispositivo contém a expressão *sem motivo justo e excepcionalíssimo*. O parágrafo único do art. 20 mantém a elementar *prazo razoável*. O art. 21, parágrafo único, possui, dentre suas elementares, o *ambiente inadequado*. O art. 30 incrimina o início da persecução penal *sem justa causa fundamentada*. O art. 31 menciona *estender injustificadamente*. Também fere a taxatividade o art. 43 do projeto, que trata do crime daquele que viola direito ou prerrogativa do advogado.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois não há crime sem lei que o defina. Consequentemente as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas minuciosamente de maneira a evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, pena de ger dúvidas na sua aplicação. Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é crime ou não é e, conseqüentemente, permitem persecuções indevidas.

Consoante magistério de Francisco de Assis Toledo – *a exigência da lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar de empregos de normais muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios*.¹⁵

O tema foi bem exemplificado por Eugênio Raúl Zaffaroni – *Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: “São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns”, esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade*.¹⁶

As expressões *dentro de prazo razoável, manifestamente descabida, imediatamente, sem motivo justo e excepcionalíssimo, prazo razoável, ambiente inadequado, sem justa causa fundamentada, e estender injustificadamente*, utilizadas como elementares de diversos delitos no projeto de lei, encerram conteúdo inequivocamente indeterminado e, portanto, inconstitucional.

Finalmente o projeto fere o procedimento legislativo. Isto porque diversos dispositivos foram integralmente incluídos pelo próprio nobre Relator, Senador Roberto Requião, sem o oferecimento de emenda, e sem relatoria de outro parlamentar, à revelia do esculpido no art. 126, §2º do Regimento Interno do Senado Federal - *Quando se tratar de emenda oferecida pelo relator, em plenário, o Presidente da comissão designará outro Senador para relatá-la, sendo essa circunstância consignada no parecer*. É o caso dos arts. 10, 11 e 43, dentre outros – que ostentam este vício procedimental.

Em síntese, conforme magistério de Miguel Reale, *trata-se, não há dúvida, de enunciados óbvios, mas como advertia Wendell Holmes, vivemos numa época em que o óbvio parece andar esquecido*.¹⁷

E alerta Heleno Cláudio Fragoso que *não devemos ter muitas ilusões quanto à reversão do processo corrupto de abuso do poder de legislar; pois quaisquer estratégias de prevenção e controle somente serão eficazes quando ocorrer uma completa reforma da estrutura econômica e política de nossa sociedade, com o estabelecimento de uma ordem social mais justa e democrática*.¹⁸

3. CONCLUSÃO

O projeto de lei nº 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, impropriamente autodenominado *abuso de autoridade*, padece de diversas inconstitucionalidades, especialmente a inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente), o que caracteriza abuso do poder de legislar.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1. São Paulo: RT, 2009. p. 386.

¹⁷ Idem.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito Penal e Direitos Humanos – coletânea de escritos esparsos; e Advocacia e Liberdade – crônica dos tempos da ditadura*; Apud ARAUJO JUNIOR. ob. cit. p. 92/93.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, o que exige o reconhecimento preventivo (judicial ou legislativo) da inconstitucionalidade do referido projeto ou, se prosperada a iniciativa contrária a Constituição Federal, o controle judicial repressivo.

A aprovação do projeto implicará na criminalização da hermenêutica jurídica e na desigualdade de tratamento dos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –, dificultará o exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicará o esclarecimento de infrações penais e responsabilização dos respectivos autores, impedirá a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e consequente pacificação da convivência, cerceará exercício regular da autoridade do sistema de justiça, criará um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causará abalos a intrínsecos elementos do regime democrático.

4. PROPOSTA DE ENUNCIADO

O projeto de lei nº 7.596/2017, aprovado no Senado Federal e atualmente em curso na Câmara dos Deputados, auto-denominado *abuso de autoridade*, é inconstitucional em razão da inobservância dos princípios da taxatividade da lei penal, da isonomia, da separação dos poderes, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade (na espécie da vedação da proteção deficiente); e caracteriza abuso do poder de legislar.

O desrespeito a estes postulados fere o devido processo legislativo, que foi exorbitado. Estas circunstâncias exigem controle de constitucionalidade preventivo (judicial ou legislativo) ou repressivo (judicial), pena de eventual aprovação implicar na criminalização da hermenêutica jurídica e na institucionalização do tratamento desigual aos diversos crimes de abuso de poder – previstos no projeto ou noutras legislações –, criar dificuldades ao exercício regular das funções do sistema de justiça, prejudicar o esclarecimento de infrações penais e responsabilização dos respectivos autores, impedir a atuação de órgãos e instituições responsáveis pela prevenção e solução de conflitos e consequente pacificação da convivência, cercear exercício regular da autoridade do sistema de justiça, gerar um regime jurídico específico que pode servir a uma ordenação social injusta e, naturalmente, causar abalos a elementos intrínsecos do regime democrático.

5. BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crime de Cartola (corrupção e abuso do poder de legislar)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, 1995.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Ediouro, 1997.

BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XXIII, t. III, Rio de Janeiro: MEC, 1956

Comentários à Constituição Federal Brasileira. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1932.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. t. 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Direito Penal. t. 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: du Seuil, 1970.

CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "Writs" na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1959.

Lições de Direito Penal. v. 4º. São Paulo: José Bushatsky, 1959.

- FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 1999
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. v. I. São Paulo: Max Limonad, 1980.
Instituições de Direito Penal. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
Comentários ao Código Penal. v. I, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
Comentários ao Código Penal. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Parte I. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.
Tratado de Direito Penal. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. l. I. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1967.
- REALE, Miguel. *Abuso do Poder de Legislar*, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT 39/40, 1975.
Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Martins, 1960.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. l. I. São Paulo: Hemus, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1. São Paulo: RT, 2009.

*CRITÉRIOS OBJETIVOS
PARA DOSIMETRIA DA PENA-BASE
NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI¹*

YTHALO FROTA LOUREIRO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.
E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. INTRODUÇÃO

A dosimetria da *pena-base* é um tema negligenciado na preparação para o julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Tal como ocorre com o ressarcimento dos danos causados à vítima (art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal – CPP), a dosimetria da *pena-base* é pouco explorada em fase preliminar, uma vez que prepondera a preocupação por indícios relacionados à autoria e aos fatos que possam fundamentar das circunstâncias qualificadoras e de aumento ou de diminuição da pena.

Há também a situação em que as circunstâncias judiciais podem ser concretamente apontadas nos autos, mas são simplesmente ignoradas. Não raro, na fase de dosimetria da pena, os juízes usam a expressão genérica de que “as circunstâncias são próprias do tipo penal” para justamente não ter que explicitá-las, seja por omissão ou por mero desconhecimento. Neste caso, os juízes preferem adotar a política da *pena-mínima*, alegando que é a única metodologia que, de fato, funciona, mas, secretamente, assim preferem agir para não comprometerem a própria imparcialidade diante da decisão de mérito do Tribunal do Júri quanto à culpabilidade do réu, que nada fundamenta e permanece um mistério. Como bem explicitou Dworkin (2016, p. 93), “No direito e na moral, particularmente, o conselho de evitar questões espinhosas mediante a tentativa de ver ‘o que funciona’ não é apenas inútil. É incompreensível.” Assim, é preciso que o juiz assuma alguns compromissos morais e jurídicos, entre os quais, de bem fundamentar a pena-base, da mesma forma que cabe às partes (e ao próprio juiz, de forma suplementar) procurar os indícios que possam fundamentar as circunstâncias judiciais do crime.

A Constituição Federal (CF/88), no seu art. 5º, inciso XLVI, estabelece que “a lei regulará a individualização da pena”. O art. 59 do Código Penal (CP) determina que o “juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]” Tratam-se de 8 (oito) circunstâncias judiciais que podem ser consideradas para fixação da pena dentro do intervalo da sanção penal prevista pela lei. O art. 68, do CP ainda determina que “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Aliás, desde a investigação criminal, o CPP determina que sejam averiguadas “a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.” (art. 6º, inciso, IX, do CPP). Assim, a busca por tais informações é obrigatória e gera conseqüências diretas na dosimetria da pena-base.

No caso do crime de homicídio simples a pena é de reclusão, de seis a vinte anos e, no homicídio qualificado, reclusão, de doze a trinta anos (arts. 121, *caput* e art. 121, §2º, do CP). Assim, existe um intervalo de quatorze anos entre a pena mínima e máxima para o crime de homicídio simples, e um intervalo de dezoito anos, no homicídio qualificado.

As circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio somente podem ser consideradas como circunstâncias judiciais ou causas de aumento de pena se houver mais uma circunstância qualificadora, pois uma delas já define o crime qualificado. Como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “No delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1644423/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017).

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, “O Juiz deve, contudo, no cálculo da pena-base, atentar para a possibilidade da ocorrência de *bis in idem* e de violação dos veredictos do Tribunal Júri, mercê de revalorização de circunstância judicial expressamente prevista em lei como qualificadora ou privilégio, agravante ou atenuante ou causa de aumento ou diminuição.” (HC 108146, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe de 22/06/2012). As qualificadoras somente indicam o homicídio qualificado, de modo que os juízes já partem do patamar mínimo de seis ou doze anos, deixando a critério do juízes revalorizar as demais qualificadoras eventualmente existentes como circunstâncias judiciais. As demais circunstâncias judiciais que poderiam ser exploradas são facilmente esquecidas ou ignoradas na fase de investigação criminal ou de instrução preliminar, impossibilitando o juiz apontar, de forma concreta, uma pena mais adequada ao caso concreto.

Vê-se que, se o objetivo do art. 5º, inciso XLVI, da CF/88 era proporcionar segurança jurídica na individualização da pena, o legislador pátrio fixou critérios muito largos, que conferem ao juiz uma margem enorme de discricionariedade. O legislador evitou estabelecer critérios objetivos para a fixação da *pena-base*, enquanto que as partes podem deixar de assumir o protagonismo de explorar as circunstâncias judiciais eventualmente existentes durante a instrução processual. Em conseqüência, são raros os casos em que, diante do mesmo caso, dois juízes conseguem oferecer a mesma pena, decidindo sempre conforme a própria consciência.

O presente trabalho tem como objetivo descobrir porque isto acontece e se, de fato, os tribunais podem construir soluções para que o princípio de individualização da *pena-base* seja aplicado de forma mais eficaz e mais uniforme, em se tratando de crimes de homicídio.

II. JUSTIFICAÇÃO

Como explica Bulos (2005, p. 270), “Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena dever ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.” A individualização da pena está em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e visa a prevalência dos direitos humanos. De fato, o indivíduo não pode ser tratado como objeto do processo penal e da política de prevenção e repressão à criminalidade. Por esta mesma razão, é desaconselhável ao juiz adotar ideologias próprias. O juiz não pode ser adepto da *pena-padrão* ou das perniciosas políticas de *pena-mínima* ou de *pena-máxima*. Como ensina Nucci (2014):

A busca da pena justa é missão constitucional do juiz, dela não se podendo afastar sob qualquer pretexto, evitando os males da pena-padrão, seja ela fixada no mínimo, seja no máximo. (...) A pena estabelecida nos variados termos médios deve ser destinada à maioria dos autores de infração penal, porquanto é difícil supor que a média dos delinquentes se concentraria nos extremos de culpabilidade (mínima ou máxima) (NUCCI, 2014, *in* p. 352-353).

Apesar das diretrizes constitucionais, a individualização da pena sofre das mesmas angústias geradas pela denominada *filosofia da consciência*, em que o juiz é o proprietário dos significados e a interpretação é encarada como simples “ato de vontade” (Luiz, 2013, p. 35). No paradigma da *subjetividade* (conforme o domínio epistemológico das ciências modernas), a verdade é o produto da concordância entre os *conteúdos ideais de um juízo* e o *caráter real de um objeto empírico* (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 64). É fácil entender que, se tratando de circunstâncias judiciais, até mesmo a interpretação de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, depende, em demasia, do *sujeito assujeitador* do que propriamente de qualquer comando que provenha do legislativo.

É bem verdade que existem outros paradigmas que, de certa forma, rivalizam com a *filosofia da consciência*. O paradigma da *objetividade*, próprio da *filosofia clássica*, busca o sentido nas coisas, em que “toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento” (STRECK, 2016, p. 105). Por vez, o paradigma da *intersubjetividade* almeja superar a dualidade entre *objetivismos* e *subjetivismos* interpretativos e o esquema *sujeito-objeto*. Streck (2016) explica que:

[...] a experiência hermenêutica da interpretação (seja de que tipo de texto se esteja a tratar) ultrapassa o plano da simples verificação empírica. De fato, ela é um acontecimento marcado desde sempre por uma compreensão fundada, por sua vez, em uma autocompreensão do intérprete mergulhado em um mundo compartilhado. (STRECK, 2016, p. 24).

O alcance do paradigma da *intersubjetividade* ainda é pequeno, pois a legislação histórica vigente e a prática judiciária ainda transitam entre a *filosofia clássica* e a *filosofia da consciência*, com maior destaque para esta última. Dispõe o art. 155, do CPP que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” A discricionariedade é inevitável, contudo, como se verá mais adiante, os tribunais têm limitado a liberdade de julgamento a parâmetros mais objetivos. Na busca de parâmetros verdadeiros, ainda persiste o conflito entre tradicionalistas e pós-modernistas, platônicos e pragmáticos, racionalista e construtivistas sociais e entre objetivos e subjetivos (Blackburn, 2006, p. 13-14).

Destaca Luiz (2013), sobre as teorias da decisão judicial, no seu plano atual:

As teorias acerca da decisão judicial tradicionalmente trabalhadas voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação. A primeira considera que a lei traz em si a norma (desprezando a diferença ontológica entre ambas) e que, por isso, a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma correta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse “nas coisas”, retomando a metafísica clássica. A segunda vê a interpretação judicial como sendo subjetivamente determinada pelas preferências valorativas pessoais do intérprete – como seu senso de justiça –, o qual, em última análise, dá ao texto o significado que lhe aprouver – como se houvesse um “grau zero” de significância (na expressão de Streck) – utilizando-se, também, como pano de fundo, uma visão metafísica, calcada na filosofia da consciência. (LUIZ, 2013, p. 35)

Em geral, os juízes presidentes do Tribunal do Júri possuem dificuldades em adotar critérios mais objetivos para dosimetria da pena, de modo que julgam conforme a própria consciência e frequentemente de forma muito diferente entre si. Ainda que os parâmetros sejam definidos através de oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, a interpretação de tais circunstâncias e o cálculo mental da pena sempre tornam a decisão judicial como produto do *espírito humano* do magistrado.

Pela busca de um *mundo melhor*, o irracionalismo não pode virar moda. O produto do *espírito do juiz* deve ter como referencial o que pode ser extraído, concretamente, dos autos para o exercício do controle da racionalidade da decisão. As justi-

ficativas precisam ser de natureza *interna*, que se referem a sua existência; e de natureza *externa*, que se referem a sua validade. Portanto, as balizas legais e a prática judiciária devem restringir o arbítrio judiciário, visando promover a segurança jurídica da dosimetria da pena. Ao mesmo tempo, não se pode perder o foco de que os crimes devem ser punidos sob aquela máxima kantiana de que a maior liberdade possível de cada um deve conviver com a maior liberdade de todos os demais (Popper, 2006, p. 151-152). Como estaca Popper (2006, p. 171), “O espírito da ética kantiana pode, talvez, ser resumida nas seguintes palavras: ouse ser livre, e respeite e proteja a liberdade de todos os outros.” Isto indica a necessidade de um *garantismo integral*, em que seja proibido o excesso (*Übermassverbot*), mas que, ao mesmo tempo, assegure a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Afinal das contas, como disse Dworkin (2016, p. 149), “[...] a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros.”

Os tribunais têm construído orientações judiciárias para dosimetria da pena-base que oscilam entre *subjetivismos* e *objetivismos*, ou seja, entre o reconhecimento da discricionariedade judiciária e a necessidade de fundamentação concreta da dosimetria e de adoção de critérios matemáticos *parcialmente objetivos*. Melhor explicando: sem deixar de reconhecer a decisão como *ato de vontade*, tal como concebeu Hans Kelsen no século passado – reconheçamos ou não, é uma realidade irrefutável, conforme destacou Streck (2016, p. 29), a discricionariedade foi elevada à salvação para as “insuficiências” óticas do direito” – os tribunais têm estabelecido *elementos vinculantes* à discricionariedade judiciária, tais como parâmetros que exigem a fundamentação concreta das circunstâncias judiciais e a adoção de critério matemático objetivo como *patamar mínimo*, sem prejuízo de alteração dos valores, conforme o caso concreto.

É orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) que “A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo.” (RHC 94608, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe de 04/02/2010). Da mesma forma, o STF tem decidido que “A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do C.Pen., não é uma operação aritmética: por isso, seria temerário asseverar que da subtração de um dentre os diversos dados negativos, aos quais aludiu a sentença, resultasse necessariamente a fixação de pena menor.” (HC 84120, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 20/08/2004).

Da mesma forma, o STJ estabeleceu que:

[...] A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, podendo-se afirmar o mesmo no tocante às circunstâncias legais, pois não há como estabelecer frações ou dar valores específicos para efetuar os aumentos ou diminuições delas decorrentes, a míngua da existência de critérios legais nesse sentido, exigindo-se apenas, em ambas as fases, a devida motivação. [...] (HC 182.486/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 11/10/2012)

Assim, a premissa inicial tende atribuir uma margem larga de discricionariedade na dosimetria da pena. Somente na casuística é que percebemos que a premissa subjetivista encontra limites éticos na necessidade de fundamentação concreta das circunstâncias judiciais, portanto, fala-se em discricionariedade vinculada. Mesmo na incursão não-aprofundada nas provas coletadas no curso do processo, somente podem ser dita como existentes as circunstâncias judiciais concretamente apontadas nos autos, conforme entendimento do STF (vide HC 117381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 02/12/2013); e do STJ (vide o AgRg no AREsp 859.552/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 26/09/2016; AgInt no AREsp 864.445/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016).

Como estabeleceu o STF: “Havendo uma circunstância judicial desfavorável ao paciente já é o bastante para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.” (HC 117381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe-237 de 02/12/2013). No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), foi aprovada a Súmula nº 10, na qual afirma que as circunstâncias judiciais devem ter “expressa referência à prova dos autos.” (Precedente: Revisão Criminal nº 1999.00233-0).

Mesmo assim, conforme orientação do STJ, a expressa referência da circunstância judicial não pode ser apenas uma interpretação pessoal dos fatos ou circunstância próprio do crime de homicídio, como seria o caso dos seguintes argumentos inidôneos:

- a) afirmação genérica da gravidade do crime (HC 100.639/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010; e REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);
- b) maus antecedentes em inquérito policiais, condenações não transitadas em julgado ou antecedentes em atos infracionais, ainda que transitada em julgado sentença condenatória (Súmula n. 444/STJ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010; AgRg no AREsp 617.115/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016; HC 342.455/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016);

- c) qualificadora não reconhecida pelos jurados (REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);
- d) plena consciência do crime, conduta social negativa, personalidade voltada para o crime e ausência de influência da vítima no delito (HC 209.838/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013);
- e) alegação de “quanto tão pouco é valiosa para o réu a vida humana” (circunstância inerente ao próprio tipo penal) (HC 125.252/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016);
- f) alegação genérica que o crime é grave por “ceifar a vida de uma jovem” (REsp 1655579/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

Interessante é redescobrir o que são circunstâncias que extrapolam o tipo penal de homicídio. A casuística releva que se tratam de circunstâncias concretamente referenciadas nos autos que revalorizam o contexto de descoberta, ou seja, um enunciado que não é suscetível de uma análise de tipo lógico (Atienza, 2016, p. 5). O crime deve ser essencialmente mais grave, para além do seu aspecto normal, e, ao mesmo tempo, exigem um contexto que justifique ou valide o enunciado, confrontando-o com os fatos, a fim de demonstrar sua validade (Atienza, 2016, p. 5). Assim, as circunstâncias judiciais, do art. 59, do CP, sempre estarão presentes quando o contexto do crime revelar uma reprovabilidade mais intensa, além do estipulado no próprio tipo penal.

O STF, STJ e o TJCE têm dado alguns exemplos através de seus julgados, a ver:

- a) fragilidade defensiva das vítimas, como é o caso de vítimas mulheres e desarmadas, mesmo quando reconhecido o homicídio privilegiado (STF, RE 93430, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 05/05/1981, DJ de 22/06/1981);
- b) vítima atingida no crânio e no tórax, regiões de alta letalidade, fato que demonstra um plus de reprovabilidade na sua conduta, justificando a valoração negativa da culpabilidade (STJ, AgInt no AREsp 864.445/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016);
- c) acusado possuir laços de amizade com a vítima e seus familiares (STJ, AgRg no HC 363.812/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017);
- d) Premeditação concretamente apontada nos autos, a evidenciar a maior culpabilidade do agente (STJ, AgRg no AREsp 566.926/MT, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (desembargador convocado do TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015);
- e) dolo intenso (morte por asfixia enquanto a vítima dormia, no interior da residência em que se encontravam os filhos menores do casal), bem como pelo fato de o paciente ter demonstrado personalidade fria e agressiva. (STJ, HC 112.040/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008);
- f) culpabilidade acentuada, uma vez que “o réu perseguiu a vítima e, após atingi-la com vários golpes de tesoura, ‘foi ao banheiro, tomou banho, trocou de roupas e fugiu do local, deixando a vítima agonizando’, bem como as graves consequências da empreitada criminosa, que resultou na morte de uma mulher que, à época, contava com apenas 22 anos, deixando órfão um filho de 7 anos, constituem causas idôneas a justificar a exasperação da pena-base.” (STJ, HC 81.987/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008);
- g) condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado (STJ, HC 330.973; Proc. 2015/0178211-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJe 22/05/2017);
- h) família privada do convívio da vítima em argumentação concreta: “vítima era ‘jovem mãe’, que deixou ‘uma filha sem os seus cuidados e orientação no seu desenvolvimento psicológico’ (STJ, REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);
- i) crime cometido em via pública, com o disparo que acertou a vítima desferido em meio a considerável número de pessoas (STJ, HC 88.464/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 19/12/2008);
- j) réu soldado do exército que efetuou disparo a curta distância contra a cabeça da vítima, que não morreu porque o projétil alojou-se no crânio (STJ, HC 261.181/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015);
- l) réu que demonstra arrogância e deboche com vítima que conhecia (STJ, HC 382.133/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017);

- m) pessoas privadas do convívio do falecido, como consequências não naturais do tipo, quando é gerado “um trauma sem precedentes” (TJCE, Processo nº 0000497-69.2006.8.06.0128, Des. Relator: Dr. Antônio Pádua Silva (juiz convocado – Port. 1369/2016), 3ª Câmara Criminal, julgado em 14/02/2017, DJe de 21/02/2017, p. 123-124);
- n) réu com boa condição social e formação jurídica que pratica ataque com chave de fenda contra idoso e filho deste (TJCE, Processo nº 0002433-47.2014.8.06.0000 – Apelação Relator(a): Francisco Gomes de Moura, 2ª Câmara Criminal, julgado em 06/10/2015).

Assim, vê-se, sem dificuldades, que a diferença entre circunstância judicial não-fundamentada e circunstância judicial fundamentada é muito pequena. Limita-se a saber se os fatos relacionados ao contexto de descoberta podem ser concretamente apontados nos autos. Na prática, significa se a narrativa processual é mais claramente explicada e se está presente nos elementos probatórios colhidos nos autos. Existe um limite muito tênue entre o que pode ser concretamente fundamentado e uma narrativa mais elaborada. Os fatos falam por si só, mas precisam ser expressos de uma forma organizada e convincente. Isto porque são raros os crimes de homicídio que são idênticos, mesmo quando praticados em um mesmo contexto fático. Os crimes, os autores e as vítimas são sempre diferentes, tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento das vítimas.

Em suma: nos crimes de homicídio, a morte é o resultado natural (consequência naturalística do tipo penal), de modo que nada mais pode ser considerado como elemento referencial do tipo penal: “matar alguém” (art. 121, caput, do Código Penal). As demais circunstâncias judiciais admitem uma valoração interna (sobre sua existência) e externa (sobre sua validade), ou seja, se estão presentes no caso concreto e, quando presentes, podem ser consideradas válidas como tais para fins de maior reprovabilidade criminal. Na tendência da orientação judiciária brasileira, o diferencial da existência e da validade da circunstância judicial é a narrativa processual: quando melhor elaborada (narrativa boa e verdadeira), melhores serão as chances de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado.

Em outros termos, sempre é possível fazer uma valoração sobre a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento das vítimas, nos crimes de homicídio, conquanto sejam produzidos elementos probatórios próprios que se destaquem dos indícios de autoria e de materialidade. Para tanto, faz-se importante o atendimento da vítima sobrevivente e da família da vítima, em rede de atendimento integral e a transformação de dados em inteligência para orientar o membro do Ministério Público (MP) na produção da prova criminal.

O STJ tem afirmado que:

[...] A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso [...] (HC 214.437/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017).

Por sua vez, o TJCE tem adotado o critério matemático objetivo de 1/8 (um oitavo) no caso dos crimes de homicídio, a ver:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O julgador deve, em razão do princípio do livre convencimento motivado, fundamentar objetivamente a majoração da pena-base e indicar, com dados concretos e existentes nos autos, o porquê do aumento. Precedentes desta Corte e do STJ. 2. Havendo apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mostrase desproporcional a aplicação da pena base em patamar próximo ao máximo legal. 3. Na hipótese, o julgador aplicou pena base de 23 (vinte e três) anos de reclusão para o delito de homicídio qualificado, cuja pena mínima é de 12 (doze) anos, sem justificar a exacerbação, posto que apenas considerou desfavoráveis a culpabilidade e as consequências do crime. 4. **Pena redimensionada, utilizando-se critério objetivo de aplicação da pena-base, majorando-se 1/8 da faixa de aplicação da pena para cada circunstância judicial, resultando na pena concreta e definitiva de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.** 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 7 de dezembro de 2016 DESEMBARGADOR FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS Relator (vide Processo 0003737-37.2011.8.06.0178 – Apelação,

Relator(a): FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS, 2ª Câmara Criminal, julgado em 07/12/2016, DJe de 13/12/2016, destaques nossos)

Para o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, existe o critério objetivo de se adotar, no mínimo, o percentual de 1/8 (um oitavo) para agravar a pena, o que para o homicídio qualificado seria de 2 (dois) anos e 3 (três) meses, como se viu no acórdão anterior. Para o Superior Tribunal de Justiça, a dosimetria não se resume a “simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas.”

Um entendimento não está necessariamente em dissonância com o outro, uma vez que o critério objetivo de 1/8 (um oitavo) deve ser definido como *patamar mínimo*, eis que extraído do intervalo de penas e do número de circunstâncias judiciais definidos em lei. O cálculo é realizado da seguinte forma:

- a) toma-se o intervalo entre a pena mínima (seis anos) e a pena máxima (vinte anos) para o crime de **homicídio simples** (quatorze anos) e divide-se pelo número de circunstâncias judiciais (oito), o que dá vinte e um meses, ou seja, **1 (um) ano e 9 (nove) meses**.
- b) toma-se o intervalo entre a pena mínima (doze anos) e a pena máxima (trinta anos) para o crime de **homicídio qualificado** (dezoito anos) e divide-se pelo número de circunstâncias judiciais (oito), o que dá vinte e sete meses, ou seja, **2 (anos) e 3 (três) meses**.

Certo que, a depender do caso, as qualificadoras remanescentes podem agravar a pena a patamares superiores a 1/8 (um oitavo). O critério objetivo não é obrigatório, mas deve ser adotado, ao menos, como *patamar mínimo*, para melhor servir a prevenção e repressão do fato-crime e guardar lógica interpretativa com as demais disposições legais que fixam, expressamente, os percentuais para as causas de aumento e de diminuição da pena nos crimes de homicídio: o crime tentado – art. 14, inciso II e parágrafo único, do CP; o homicídio privilegiado – art. 121, §1º, do CP; o homicídio praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos – art. 121, §4º, *última parte*, do CP; o homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio – art. 121, §6º, do CP; e o *feminicídio* quando praticado contra durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência, e na presença de descendente ou de ascendente da vítima – art. 121, §7º, do CP).

III. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o membro do Ministério Público deve dar especial atenção a uma estratégia em vise apurar as circunstâncias judiciais que possam fundamentar a pena-base, na forma dos arts. 59 e 68, do Código Penal, como forma de promover, mais eficientemente, o princípio constitucional de *individualização da pena* (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988). Para tanto, o promotor do júri deve promover o atendimento integral *em rede* à vítima sobrevivente e à família da vítima para preparar as perguntas a serem formuladas na instrução processual preliminar ou na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. O membro do MP ainda pode defender a adoção de critério matemático de 1/8 (um oitavo) como *patamar mínimo* para pena-base, ou seja, 1 (um) ano e 9 (nove) meses de aumento para homicídio simples (art. 121, *caput* do Código Penal – CP) e 2 (anos) e 3 (três) meses, para o homicídio qualificado (art. 121, §2º, inciso II, do CP), sem prejuízo de patamar mais elevado a depender do caso concreto, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do fato-crime.

IV. REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- BLACKBURN, Simon. **Verdade: guia para os perplexos**. Trad. de Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. **10 Lições sobre Gadamer**. Editora Vozes, 2017.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Leorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.
- POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2016.

*A EXECUÇÃO IMEDIATA DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR
OCASIÃO DO JULGAMENTO
PELO TRIBUNAL DO JÚRI¹*

YTHALO FROTA LOUREIRO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

* Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.
E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. INTRODUÇÃO

Em 7 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a “[...] prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” Para tanto, o STF afirmou que “[...] no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.” (HC 118770, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe-082, de 20/04/2017, publicado em 24/04/2017).

Contudo isto não parece ser inteiramente verdade, dado que, em 11 de novembro de 2016 (somente alguns meses antes), o próprio “[...] Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos.” (HC 130690 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2016, DJe-250, de 23/11/2016, publicado em 24/11/2016).

Ora, como é possível afirmar que o tribunal não poderá reapreciar os fatos e as provas, se é justamente o que ele faz quando decide que a decisão dos jurados é manifestamente contrária a prova dos autos (art. 593, inciso III, letra *d*, do Código de Processo Penal – CPP)? Isto remete a um questionamento anterior: será que o tribunal, de fato, faz uma reapreciação de fatos e provas quando determina a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri? Se não, no recurso de apelação sob o fundamento do art. 593, inciso III, letra *d*, do CPP, o que exatamente o tribunal de justiça faz? A vedação legal de reanálise do mérito da decisão do júri (art. 593, §3º, parte final, do CPP) pode solucionar a suposta contradição entre o HC 118770/SP e o HC 130690/SP?

O presente trabalho tem como objetivo descobrir os alcances da interpretação da tese denominada “execução imediata da pena” nos procedimentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

II. JUSTIFICAÇÃO

O art. 593, inciso III, letra *d*, do CPP determina que caberá apelação da decisão dos jurados quando manifestamente contrária à prova dos autos. O parágrafo terceiro do mesmo artigo determina que, em caso de provimento do recurso, o réu será submetido a novo julgamento, contudo, não se admitirá, pelo mesmo motivo, segunda apelação. Por outro lado, o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição Federal (CF/88) assegura a instituição do júri a “soberania dos veredictos”.

A revisão da decisão dos jurados e a soberania dos veredictos deveriam ser encarados como assuntos incompatíveis entre si. Afinal, soberania é a “qualidade máxima de poder” (BULOS, 2005, p. 81). A República Federativa do Brasil tem como fundamento a sua soberania (art. 1º, inciso I, da CF/88), tal como os veredictos dos jurados não podem ser substituídos. Certo que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Neste sentido, o art. 5º, §3º, da CF/88 determina que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados equivalem a emendas constitucionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992, estabelece, entre as garantias mínimas de toda pessoa, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (artigo 8, 2, letra *h*, da referida convenção). Portanto, é possível argumentar que o princípio do duplo grau de jurisdição possui fundamento constitucional de caráter material.

A anulação da decisão dos jurados parece ser a solução mais evidente para promoção de justiça quando a decisão sofre defeitos insanáveis que abalam a credibilidade da formação da convicção. Gloechner (PEREIRA, 2016, p. 280) afirma que “[...] de acordo com o modelo norte-americano, os jurados são advertidos de que não devem fazer qualquer espécie de veredito até que toda a prova recolhida seja apresentada em juízo.” Trata-se de uma orientação muito comum para que os jurados reflitam sobre a possibilidade de erros na interpretação dos fatos e do direito. Como afirma Popper (2006, p. 17), “É o dever de cada jurado tentar encontrar a verdade objetiva, segundo o seu melhor conhecimento e de acordo com sua consciência. Mas, ao mesmo tempo, ele deve estar ciente de sua falibilidade, de sua incerteza.” De certa forma, esta consciência de falibilidade entra em paradoxo com o “caráter substancialmente ordálico da decisão do júri: o veredito não se funda em uma justificativa racional, mas se apresenta como um objeto de fê no qual a voz do povo tomou lugar da voz de Deus” (TARUFFO, 2016, p. 218).

A priori, a *vox populi* expressa nos veredictos dos jurados é, por definição, a verdade e deve ser, por essência, considerada justa. No direito dos países de tradição anglo-americano, o *adversary system* de produção de provas, os longos e completos procedimentos de seleção de jurados (*voir dire*) e as numerosas orientações e restrições impostas pelos juízes togados possuem a pretensão de conduzir a um veredito verdadeiro e justo, mas, ainda assim, passível de revisão em instâncias superiores, dado a possibilidade de eventos que possam abalar a credibilidade do devido *processo legal adjetivo*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a decisão dos jurados é imperscrutável, ou seja, não pode ser pesquisada, somente pode ser deduzida através de um procedimento *prospectivo* de comparação entre a decisão e a prova dos autos – eis a principal tarefa do tribunal na análise do recurso de apelação em que se alega ter sido a decisão dos jurados contrária à prova dos autos. Cabe ao tribunal uma margem muito estreita de revisão judicial. O mérito da decisão não pode ser redefinido, ainda que o tribunal se limite a reenviar o processo a novo julgamento, como determina o art. 593, §3º, primeira parte, do CPP. Ensina Nucci (2014, p. 462) que ao tribunal togado cabe-lhe, “[...] unicamente, confrontar o veredito dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos, concluindo pela harmonia ou desarmonia entre ambas.” Da mesma forma, Campos (2014, p. 344) afirma que “Não é lícito ao Tribunal reformar a decisão dos jurados, proferindo outra em substituição [...]”, cabendo-lhe apenas cassar a decisão anterior dos jurados e remeter o acusado a novo julgamento.

Mas isto não explica o suficiente. Como bem ressaltou Barros (2017, p. 237), baseado no entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “A opção dos jurados por uma das versões contidas nos autos não tem o condão de causar a determinação de novo julgamento”. O tribunal de justiça e as instâncias superiores (STJ e STF) podem simplesmente considerar suficiente a “versão” oferecida pelo acusado, uma vez que o interrogatório é meio de prova sabidamente idôneo, que confere elementos concretos para formação da convicção dos jurados. Por outro lado, o tribunal pode entender que o interrogatório do acusado pode ter oferecido uma *versão fictícia dos fatos* e que a decisão dos jurados, que acolhe tal versão, é escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório. Seja em um ou em outro caso, a decisão dos jurados está sempre submetida aos recursos argumentativos não vedados pelas regras jurídicas do devido processo legal *adjetivo*, como a utilização de argumentos que visam aguçar a sensibilidade sensorial dos jurados; enquanto que o mesmo não ocorre perante os tribunais togados.

É muito comum afirmar que, na *tribuna do júri*, o orador precisa “falar com o coração”, com sinceridade e empatia, identificar e manipular emoções, para que o essencial, invisível aos olhos, seja revelado aos jurados. A persuasão é uma combinação, nem sempre proporcional, de razão e emoção. Não há elemento que seja superior em importância. No Tribunal do Júri, o argumento é mais cativante quando o orador consegue identificar e manipular as emoções, porque, talvez os jurados não lembrem do que foi dito, mas nunca se esquecem de como o orador os fez sentir. A mesma técnica de persuasão não pode ser reproduzida perante juízes togados, ainda que o orador faça uso da sustentação oral perante o tribunal porque o *auditório* é inteiramente diferente e os objetivos da oratória devem atingir objetivos igualmente diversos.

Assim, é não é apenas inútil, como é incompreensível, que os desembargadores do tribunal de justiça e os juízes dos tribunais federais possam reinterpretar versões e teses jurídicas, em condições tão diferentes daquelas submetidas ao Tribunal do Júri, quando se tratar de recurso contra a decisão dos jurados; e, ao mesmo tempo, nos casos de revisão criminal (quando de decisão condenatória transitada em julgado), o tribunal de justiça possa revogar a decisão dos jurados e decretar a absolvição dos condenados, porque, segundo o STJ “Diante do conflito entre os princípios da soberania dos vereditos e da dignidade da pessoa humana, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário (REsp 964978/SP)” (STJ. REsp 1050816/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016). Certo que as possibilidades de anulação das decisões do júri faz-se em caráter excepcional, mas porque a dignidade da pessoa humana prevalece ao ponto de eliminar, de forma absoluta, a soberania dos veredictos?

Melhor solução seria submeter o acusado a novo julgamento, seja em caso de recurso de apelação, seja em caso de ação de revisão criminal. Mas, se isto não ocorre, porque, secretamente, os tribunais de justiça gostariam de ter o poder de decidir pelo júri, tal como decidem pelos juízes nos procedimentos comuns. Existem uma preferência pelo controle da racionalidade da decisão, ainda que se saiba que, diante da *discricionariedade judiciária*, a decisão judicial, na sua maioria das ocasiões, não passa de um *ato de vontade* e que a dignidade ou a ruína de sua causa muitas vezes depende mais de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma jurídica geral provinda do poder legislativo (Dworkin, 2014, p. 3).

Na interpretação da nova orientação do STF, no HC 118770/SP, em que a “[...] prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”, é importante considerar aspectos mais objetivos do que o simples desejo de dar efetividade ao processo criminal, no sentido previsto no art. 5º, inciso LXXVIII.

De início, deveríamos analisar se o HC 118770/SP possuiria coerência com o entendimento manifesto pelo HC 130690/SP (do mesmo relator/revisor Min. ROBERTO BARROSO), em que “[...] a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos [...]”. Mas, antes disso, devemos considerar se existe alguma contradição, aparente ou real, no próprio HC 118770/SP.

No HC 118770/SP ficou estabelecido que “[...] o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. [...]” e que “[...] Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. [...]” Em outros termos, o HC 118770/SP parece ter uma rara compreensão sobre o que o tribunal pode ou não fazer quando da análise da decisão dos jurados. Em um momento afirma que o tribunal não pode reapreciar

os fatos e provas e, no item seguinte, é afirmado que o tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso, caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos. Ora, o próprio acórdão, implicitamente, admite que o tribunal pode revisar fatos e provas. E neste sentido, a submissão do acusado a novo julgamento não violaria a garantia da soberania dos veredictos. Assim, é essencial contextualizar os fatos que ensejaram o HC 118770/SP.

No relatório do HC 118770/SP, ficou esclarecido o seguinte:

“[...] O Juízo da Primeira Vara Judicial de Ibiúna/SP condenou o paciente-impetrante, no processo nº 0004626-52.2008.8.26.0238, a 25 anos de reclusão, em regime inicial fechado, ante o cometimento das infrações descritas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV (homicídio qualificado por motivo fútil e mediante recurso que dificulte a defesa do ofendido), e § 2º, incisos IV e V (homicídio qualificado por recurso que dificulte a defesa da vítima e para assegurar a impunidade de outro delito), combinado com o 71 (crime continuado), do Código Penal. Negou o direito de recorrer em liberdade, consignando presentes os motivos ensejadores da preventiva. Frisou a conveniência da custódia para a preservação da ordem pública, em virtude do abalo social e da credibilidade do Poder Judiciário. [...]” (STF, HC 118770/SP, p. 3)

Assim, vê-se, sem dificuldades, que não se tratou de prisão preventiva decretada contra réu solto. O acusado condenado pelo Tribunal do Júri teve negado o direito de recorrer em liberdade porque o juiz presidente do Tribunal do Júri reconheceu presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, ao mesmo tempo em que determinou a execução provisória da pena. Tanto é verdade que, nas informações coletadas pelo STF, a “Segunda Vara de Execuções Criminais da Comarca de Taubaté noticiou, em 5 de fevereiro de 2016, [...] estar o paciente em regime semiaberto.” (STF, HC 118770/SP, p. 5).

Até então, não havia nenhuma novidade na prática judiciária, porque o STJ sempre admitiu a decretação de prisão preventiva por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, inclusive com o uso da técnica de motivação *per relationem*, na qual “a sentença condenatória faz remissão às circunstâncias ensejadoras da decretação de prisão preventiva no início do feito, tendo em vista que elas permanecem incólumes” (STJ, RHC 75.245/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017). O STJ já decidiu que a “orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva.” (STJ, AgRg no RHC 48.962/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014).

E isto é muito fácil de ocorrer porque, como tem decidido o STF, “Nas hipóteses envolvendo crimes praticados com violência real ou grave ameaça à pessoa, o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor.” (STF, HC 124405, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 06-04-2017 PUBLIC 07-04-2017). Não raras vezes, por si só, a forma de como foi praticado o homicídio já revela a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, que demanda uma ação estatal no sentido de impedir a continuidade delitiva (como é o caso do precedente do STJ, no HC 379.489/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017); ou no sentido de proteção da ordem pública, da conveniência de instrução criminal ou da aplicação lei penal (como é o caso do precedente do STJ, no RHC 67.540/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Durante os debates do HC 118770/SP, os ministros MARCO AURÉLIO e ROBERTO BARROSO divergiram, momento em que o segundo argumentou que “[...] enquanto não desfêita a condenação pelo Júri, prevalece a decisão soberano do Júri. É o que diz a Constituição. Deste modo, o Tribunal sequer pode ele próprio desfazer ou refazer aquela decisão.” (STF, HC 118770/SP, p. 8) E arrematou, dizendo: “como é julgamento pelo Júri, a apelação não pode sequer substituir a decisão do Júri, pode, no máximo, determinar a realização de novo Júri. Portanto, em respeito ao princípio constitucional da soberania do Júri, acho que deve prevalecer a sua decisão.” (STF, HC 118770/SP, p. 9).

Enfim, o HC 118770/SP sequer foi conhecido, por ser o HC substitutivo de recurso ordinário. A decisão foi tomada por maioria (Ministros ROBERTO BARROSO, que abriu a divergência, LUIZ FUX e ROSA WEBER, vencido o relator MARCO AURÉLIO, que votou pelo conhecimento e implementação da ordem (STF, HC 118770/SP, p. 11). Importante frisar que, na época, a 1ª Turma do STF contou com presença de quatro dos seus cinco membros. Ainda que houvesse a participação do Ministro ALEXADRE DE MORAES, a decisão final não seria alterada. Não há precedente na Segunda Turma ou no Pleno do STF sobre o assunto. O ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, mencionado no referido HC, estipula que:

[...] Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. [...] (STF, ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

No caso do ARE 964.246-RG, o relator Ministro TEORI ZAVASCKI ressaltou que, no universo dos recursos impetrados perante STJ e STF, “a culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento e – muito menos de – acolhimento pouco reformada nas instâncias extraordinárias.” (STF, ARE 964.246-RG, p. 36). Então, talvez seja neste sentido que o Ministro ROBERTO BARROSO tenha procurado definir o que entendeu por “responsabilidade penal do réu”, ou seja, matéria relacionada “culpabilidade propriamente” dita. Em outro termos, se aos tribunais superiores (STJ e STF) é vedado o reexame do quadro fático-probatório dos autos, o mesmo somente poderia ocorrer no caso do Tribunal do Júri, se o recurso de apelação não se propusesse a rediscutir a materialidade, a autoria ou a participação do acusado ou a responsabilidade criminal que ensejasse a aplicação de pena privativa de liberdade.

Assim, quando se tratar de recurso de apelação que vise unicamente o reexame da decisão quanto a dosimetria da pena, a alegação de alguma nulidade não verificável de plano ou a decisão dos jurados quanto o acolhimento de circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, dificilmente o tribunal de justiça reexaminará a *culpabilidade propriamente dita*, mantendo o veredito intacto no que diz respeito a necessidade de cumprimento de pena privativa de liberdade. Não se trataria de uma *antecipação da pena*, mas da constatação lógica que, enquanto estiver vivo o condenado, mais cedo ou mais tarde, a pena deverá ser cumprida, de modo que, para além dos interesses pessoais, não faria sentido postergar o seu cumprimento.

Não é sem razão que existem um percentual elevado de presos provisórios condenados em 1ª instância, cujas sentenças condenatórias não transitam em julgado, eis que os recursos nos tribunais se multiplicam, conforme a interpretação dos regimentos internos, que prevê agravos de instrumentos, agravos regimentais e um número infindável de reclamações e questões de ordem que tornam o processo judicial interminável, que, no seu conjunto violam o direito fundamental de duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88).

O HC 130690/SP possui fundamentação muito estreita, muito parecida com ementa de acórdão, limitando-se a reproduzir decisões anteriores para reafirmar que a:

[...] “*pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal)...*” (HC 98.403, Rel. Min. Ayres Britto). De modo que a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos (HC 84.486-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello; HC 104.301, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; HC 94.052, Rel. Min. Eros Grau; HC 100.693, Rel. Min. Luiz Fux; HC 107.525, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; e HC 98.403, Rel. Min. Ayres Britto.) [...] (STF, HC 130690/SP, p. 10).

O HC 130690/SP e o HC 118770/SP não são necessariamente contraditórios, pois a pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não é incompatível com a execução imediata da pena privativa de liberdade quando ao haja nulidade patente, quando a decisão dos jurados não é, de plano, manifestamente contrária a prova dos autos e quando o recurso não pretende o reexame da culpabilidade propriamente dita, ou seja, quando o tribunal não reexamina a materialidade, a autoria ou participação delitiva ou a responsabilidade criminal que impediria a aplicação de pena privativa de liberdade. A garantia do exercício da ampla defesa e do contraditório, com os meios e recursos dispostos em lei, não podem sobrepujar, de forma excessiva, a necessidade de assegurar a todos os direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade, segurança e duração razoável do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

III. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Nos procedimentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri, instituição a que são assegurados os princípios constitucionais de plenitude de defesa e de soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal de 1988 – CF/1988), a execução imediata da prisão do réu condenado, ainda que sujeita a decisão a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CF/1988). A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não é incompatível com a execução imediata da pena, quando não haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, e quando o recurso não pretenda ou não pode propor o reexame da culpabilidade *propriamente dita*, ou seja, quando não é aventado o reexame da materialidade, da autoria ou da responsabilidade criminal que, em tese, impediria a aplicação de pena privativa de liberdade.

ALTERADO COM SUPRESSÃO DO SEGUNDO PARAGRAFO

Nos procedimentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri, instituição a que são assegurados os princípios constitucionais de plenitude de defesa e de soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal de 1988 – CF/1988), a execução imediata da prisão do réu condenado, ainda que sujeita a decisão a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CF/1988).

IV. REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Manual do Júri: teoria e prática**. 3ª ed. Leme (SP): JH Mizuno, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NUCCI, Guilherme. **Tribunal do Júri**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

*A VEDAÇÃO À MENÇÃO DOS DEPOIMENTOS
PRESTADOS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO,
DURANTE OS DEBATES DO TRIBUNAL DO
JÚRI, NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL¹*

YTHALO FROTA LOUREIRO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.
E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br

I. INTRODUÇÃO

A reforma do Código de Processo Penal (CPP) tem ocorrido ao longo das últimas décadas por meio de leis esparsas que visaram diminuir a baixa capacidade de investigação criminal e a morosidade da justiça, em atendimento ao princípio constitucional da “razoável duração do processo” (art. 5º, inciso LXXVIII). Ocorre que, como se sabe, as últimas reformas não tem sido suficientes para melhorar a gestão da justiça criminal.

Tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8045/2010 (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009) (CÂMARA DOS DEPUTADOS(a)...), que trata da reforma do Código de Processo Penal (CPP). Trata-se de um projeto que nascerá velho, incompleto, desatualizado e problemático.

O projeto é velho, porque adota a mesma metodologia do CPP vigente, ou seja, determina que a prova da investigação criminal, sob a responsabilidade da polícia judiciária, seja repetida ou convalidada na instrução criminal para servir como suporte à decisão. O projeto do novo CPP é o “Código de Processo Penal de 1941 melhorado”, não passa de projeto velho e fossilizado. Neste sentido, o novo CPP não completa a modernidade do processo penal, como se verificou em outros países da América latina.

Na maioria dos países de tradição democrática, seja na América ou na Europa, todas as polícias, sem distinção, são órgãos investigativos de caráter genérico, sob a direção do Ministério Público. Assim, a prova da investigação é de responsabilidade do órgão de acusação. O *procedimento penal moderno* tem uma estrutura básica em três etapas: *juiz de garantias* (supervisão judicial da investigação criminal), *preparação para o juízo oral* (instância de validação de provas) e *juízo oral* (fase de instrução e julgamento). É bem verdade que nem todos os países, com tais sistemas processuais, possuem Tribunal do Júri. Mas, nem por isso, os países que o possuem, a exemplo da Espanha – que contam com o “Tribunal del Jurado” (*Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo*) – deixam de ser classificados como nações de processo penal moderno e eficaz; e conseguem julgar os crimes de homicídio em tempo razoável.

O projeto do novo CPP é desatualizado pois não reproduziu boas práticas do vigente CPP (como é o art. 6º, inciso IX, que determina que a autoridade policial deve “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter”). Foi ignorada parte das reformas processuais realizadas desde 2008 (como é o caso da multa por abandono de causa, art. 265, do CPP, e a citação por hora certa, art. 362). Até mesmo a Lei nº 13.257, de 2016 que determina “colher informações sobre a existência de filhos” de pessoas presas, foi esquecida. A Resolução nº 213, de 15/12/2015, que instituiu a *audiência de custódia*, por determinação do Conselho Nacional de Justiça foi igual ignorada, apesar de o assunto fazer parte de outros projetos de lei, também em tramitação no Congresso Nacional, como o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que, aprovado em 30/11/2016, foi encaminhado a Câmara dos Deputados. Assim, o projeto do novo CPP, que tramita há anos, não acompanhou a atualização legislativa, as orientações do Conselho Nacional de Justiça e as atuais práticas processuais que possuem algum sucesso e apoio da sociedade.

O novo CPP é problemático, pois introduz matérias inteiramente novas. Por exemplo, a *investigação privada* ou *investigação defensiva*, prevista no projeto (art. 13), não possui regulamentação própria ou regras claras para sua aplicação. Ao mesmo tempo, o projeto não prevê sequer que o Ministério Público possa promover investigações próprias, apesar das reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que autorizam o poder investigatório do Ministério Público (a exemplo da Ação Penal nº 611, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, DJe-241 publicado em 10/12/2014).

Outra inovação sem regras bem definidas é a fase de *deliberações* no procedimento de julgamento pelo Tribunal do Júri, em que os jurados deverão se reunir, por até 1 (uma) hora em sala especial, para discutir o processo (art. 398). O assunto causa estranheza, pois, na verdade, não há deliberação propriamente dita. Os jurados nada decidem ou consentem. Os jurados simplesmente discutem o caso (não ficando claro como se procederá) e deverão votar os quesitos, individualmente, de forma secreta. A inovação causou tanta polêmica, que, no *Relatório Parcial* do projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS(b)...), em tramitação na Câmara, o Deputado Pompeo de Mattos sugeriu a exclusão da fase de *deliberações*, mantendo-se a forma atual do art. 485, do CPP. Ou seja, logo após a leitura dos quesitos, seria, simplesmente, procedida a votação. Contudo, novamente, foi ignorado o real objetivo das *deliberações*, que seria proporcionar aos jurados um tempo para reflexão e para acesso efetivo aos autos.

Neste contexto de *desarranjo jurídico*, o projeto prevê no seu art. 391, inciso III, que “Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: [...] III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada.” A redação consta desde o projeto original do Senado Federal e foi enaltecido no Relatório Parcial do Deputado POMPEO DE MATTOS, na seguinte forma:

Acerca dos debates, o art. 391 insere nova vedação às partes, as quais não poderão fazer referências aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada (inc. III). Entendemos que a alteração se mostra pertinente, uma vez que a menção aos depoimentos colhidos durante o inquérito policial – procedimento de cunho administrativo e de caráter inquisitivo,

poderia influenciar indevidamente a formação do convencimento dos jurados, cujas decisões não se guiam pelo rigor técnico e eventualmente seriam tomadas com base em supostos elementos probatórios que não foram submetidos ao crivo do contraditório judicial. Ademais, registre-se que as partes podem arrolar testemunhas para serem ouvidas em plenário (art. 335 do PL nº 8.045/2010).” (CÂMARA DOS DEPUTADOS(b)..., p. 11)

No projeto de novo CPP, a pretensão é rebaixar a zero o valor probatório dos depoimentos prestados no inquérito policial, na medida em que o art. 168, do atual CPP estipula que: “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação, todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.” A princípio, vedar a menção a depoimentos prestados na fase de investigação possui o indisfarçável objetivo de assegurar que os elementos do inquérito policial, normalmente voltados a responsabilização criminal, não cheguem a esfera de conhecimentos dos jurados, ao menos, durante os debates.

Contudo, isto poderia sacrificar os princípios constitucionais de plenitude de defesa e de contraditório. O dispositivo em nada impediria que os jurados tomassem conhecimento dos elementos de prova produzidos durante a investigação criminal, seja pela menção de tais informações durante a instrução criminal preliminar ou na instrução da sessão de julgamento. Assim, é necessária numa reflexão a respeito do assunto, de modo que, a pretexto de proteger interesses da defesa dos acusados, o legislador não venha estabelecer regras *contraepistêmicas* que, no final, violariam direitos fundamentais.

II. O MODELO ESPANHOL (*TRIBUNAL DEL JURADO*)

Durante os debates do novo CPP, a processualista Ada Pellegrini Grinover defendeu que os membros do Congresso Nacional brasileiro adotassem como modelo o Código de Processo Penal vigente no Chile (*Código de Procedimiento Penal de la República de Chile*, (Ley 19696, de 29/09/2000, modificada até a Ley 20931, publicada em D.O. 05/07/2016). (CÂMARA DOS DEPUTADOS (c)..., vídeo a partir de 30 minutos). Contudo, não existe Tribunal do Júri na legislação chilena. Como bem frisou MARQUES “(...) Dos países latino-americanos de maior relevo e importância, só o Brasil se mantém fiel ao júri. Chile e México, Argentina e Uruguai – para só citar alguns – nada querem com o júri, salvo o México, onde o júri obrigatório tão só para os crimes de imprensa e os crimes políticos. (...)” (MARQUES, 2001, p. 112).

Assim, talvez, o modelo a ser examinado, no caso dos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, seja outro, sem prejuízo das boas disposições processuais que possui a legislação chilena. Deve-se procurar um país que haja um “júri puro”, em que os veredictos sejam proferidos por jurados. O modelo norte-americano é inviável, dado que o modo de realizar a prática jurídica é do *commom law*, baseado em precedentes judiciais. Melhor será procurar por um modelo de “júri puro” nos países em que o sistema judiciário tem se baseado uma concepção romano-germânica do direito, ou seja, fundamentalmente, em atos legislativos. Assim, encontramos como parâmetro as leis processuais penais da Espanha.

Obviamente, não se pretende defender que um ou outro modelo processual seja adotado no Brasil. Na verdade, existem boas razões para entender que nenhum modelo estrangeiro deva ser adotado no país, eis que existem variantes muito diferentes de ordem política, social e comportamental. Contudo, antes de introduzir uma “novidade processual”, advinda de uma legislação estrangeira, o legislador precisa compreender em que contexto tal “novidade processual” se opera no país de origem para projetar como seria aplicada no País.

No caso, a vedação de menção a depoimentos pré-processual é inspirada na ideia de que, no processo penal moderno, o *juiz de garantias* faz a admissão da prova e o *Tribunal* (juiz do julgamento) não tem conhecimento da prova produzida no inquérito policial. Ocorre que, nem mesmo nos países europeus, em que há um “júri puro”, como a Espanha, os jurados ficam completamente alheios a prova produzida na fase de investigação, eis que, como se verá, as partes podem mencioná-la durante a instrução do *juízo oral* para confrontar com as declarações dos depoentes.

A Espanha possui o “Tribunal del Jurado” (*Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*) (ESPAÑA...), que se compõe de nove jurados e um magistrado, modelo semelhante ao caso brasileiro, com competência para julgar os crimes “*Del homicidio (artículos 138 a 140) do del Código Penal*”. A principal tarefa do Júri, na Espanha, é declarar provado ou não provado os fatos criminosos que o magistrado tenha assim determinado como tais. Para tanto, o procedimento adotado é o semelhante daquele previsto na legislação chilena: audiência preliminar de *preparação para o juízo oral* e o *juízo oral*.

Em síntese, a constituição do Tribunal do Júri espanhol se dá a partir do *juízo oral* e adota as seguintes etapas e regras básicas:

1. Início da sessão: se inicia com a presença de, pelo menos, 20 (vinte) dos candidatos a jurado convocados;
2. Entrevista dos jurados: o magistrado e as partes entrevistam os candidatos a jurados sobre eventual caso de incapacidade, incompatibilidade, proibição ou escusa prevista em lei;

3. Seleção dos jurados: são selecionados nove jurados e outros dois como suplentes. As partes podem recusar, em conjunto, até quatro sorteados sem alegação de motivo (recusa imotivada). Logo depois os jurados ficam de pé e o magistrado tomam-lhe o compromisso: “Juram ou prometem desempenhar bem e fielmente a função de jurado, com imparcialidade, sem ódio nem afeto, examinando a acusação, apreciando as provas e resolvendo se são culpados o não culpados dos delitos objeto do procedimento os acusados..., assim como guardar segredo das deliberações?” (tradução nossa do *Artículo 40, 5.1.*, da *Ley Orgánica 5/1995*). O jurado deve responder: “sim, juro” ou “sim, prometo” (tradução nossa do *Artículo 40, 5.1.*, da *Ley Orgánica 5/1995*);
4. Alegações prévias das partes: é realizada leitura dos escritos das partes e, logo em seguida, as partes declaram suas conclusões prévias sobre a acusação e a defesa;
5. Produção da prova no *juízo oral*: o magistrado e as partes perguntam diretamente às testemunhas, aos peritos e aos acusados, enquanto que os jurados podem dirigir perguntas escritas, através do magistrado; os jurados deverão ver, pessoalmente, os documentos, papéis e demais peças de convicção. Importante frisar o que dispõe o *Artículo 46.5*, da *Ley Orgánica 5/1995*, o qual assegura às partes interrogar o acusado, as testemunhas e os peritos sobre as contradições que estimem existirem entre o manifestado no *juízo oral* e o declarado na fase de *preparação ao juízo oral* (ou seja os depoimentos pré-processuais aceitos pelo *juiz de garantias*). Assim, mesmo no processo penal espanhol (entendido como *processo penal moderno*), é assegurado às partes que a credibilidade dos depoentes seja auferida através de um método que consiste comparar as declarações prestadas na fase pré-processual com o que foi dito na fase judicial;
6. Conclusões definitivas: logo após a produção das provas, as partes poderão ratificar ou modificar suas alegações prévias e façam a valoração da prova e a qualificação jurídica dos fatos;
7. Dissolução do júri: a) uma vez concluída as alegações da acusação, o magistrado poderá determinar, de ofício ou a pedido da defesa, a dissolução do júri se entender que o juízo oral não resultou na existência de prova que possa fundamentar a condenação do acusado. O magistrado ainda poderá decidir que a inexistência da prova somente afeta alguns fatos e poderá determinar que não há lugar para emitir veredicto com relação a tais fatos; b) as partes poderão decidir pela dissolução do júri, caso a defesa concorde com as imputações, mas, neste caso, a pena não poderá exceder a seis anos de privação de liberdade, isolada ou cumulativamente; c) o Ministério Público e as demais partes acusadoras, em suas alegações definitivas, poderão desistir da petição de condenação do acusado, caso em que o magistrado dissolverá o júri e absolverá o acusado;
8. Determinação do objeto do veredicto: não sendo o caso de dissolução do júri, o magistrado formulará os quesitos que os jurados deverão julgar se os fatos delitivos foram provados ou não provados e julgar se o acusado é culpado ou não culpado. O magistrado deverá entregar, por escrito, os quesitos aos jurados, explicando-os cuidadosamente, sem fazer alusão alguma a sua própria opinião, mas, de qualquer modo, deverá esclarecer as dúvidas dos jurados;
9. Deliberação e veredicto: os jurados deverão se retirar a sala destinada a deliberação. O presidente dos debates deverá ser o jurado que foi primeiro sorteado e os jurados deverão eleger o porta-voz. As deliberações serão realizadas a portas fechadas e os jurados ficarão incomunicável. Os jurados poderão solicitar novas explicações ao juiz, que as fará em audiência pública. Depois de dois dias do início das deliberações, o juiz deverá convocar para novas explicações. A votação será nominal, em voz alta e em ordem alfabética, votando por último o porta-voz. Nenhum jurado poderá se abster de votar. Quando se tratar de fatos contrários ao réu, são necessários sete votos para serem declarados provados, quando forem favoráveis ao réu, bastarão cinco votos. O magistrado determinará que os jurados voltem às deliberações, caso não tenham se pronunciado sobre todos os fatos, não se tenham se pronunciado sobre a culpabilidade do acusado, caso os pronunciamentos tenham sido contraditórios, no caso em que alguma das votações não tenha alcançado a maioria necessária ou tenha ocorrido algum defeito relevante no procedimento de votação ou deliberação. O magistrado poderá dissolver o júri, após a terceira devolução da ata, em que persistirem os defeitos e não tenha sido alcançado a maioria dos votos. Alcançando o resultado, a ata de votação será lida pelo porta-voz em sessão pública, ocasião em que se cessará a função dos jurados.

É importante ressaltar que, no sistema espanhol, os jurados fundamentam os veredictos, indicando, quando possível, os meios de prova que serviram para formar sua convicção, por se tratar de exigência legal e constitucional. O art. 61.1.d, da Lei do “Tribunal del Jurado”, determina que esteja consignado na ata de votação uma “sucinta explicação das razões pelas quais foram declarados ou rechaçados determinados fatos como provados.” (tradução nossa). Como ensinam Vale e Santos:

[...] Do jurado não se espera uma decisão de estrita juridicidade, de seus membros não se exige que apliquem ou expliquem o direito, ou que realizem especulação jurídica alguma para avaliar a coerência de sua decisão. Esta exigência é absolutamente estranha à origem da instituição, e só pode justificar-se como um mandamento constitucional que exige a motivação dirigida aos juízes (artº. 120.3 da Constituição Espanhola. [...]) (VALE e SANTOS, 2017, p. 218-219)

No procedimento espanhol, existem diferenças fundamentais em relação ao que prevê o projeto do novo CPP: *a)* as partes podem entrevistar os jurados; *b)* a prova para as conclusões definitivas é realizada perante os jurados, em sessões preferencialmente subsequentes, oportunidade em que as partes podem mencionar os depoimentos prestados na fase pre-processual para confrontar as informações prestadas pelas testemunhas; *c)* os jurados deliberam em sessão secreta, sem a presença do juiz e das partes, daí ensejando uma decisão; *d)* os jurados votam de forma nominal e em voz alta, contudo os veredictos permanecem secretos, eis que os jurados assumem o compromisso de velar pelo sigilo das deliberações; *e)* o resultado dos veredictos é lido por um porta-voz; *e f)* os veredictos são fundamentados, de forma sucinta, na ata de votação. A vedação de menção a depoimentos da fase extrajudicial não é encontrada no sistema processual de países de tradição democrática.

III. A MENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL NO ATUAL CPP

O atual CPP, no seu art. 478 (redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008), estipula a vedação de referências, durante os debates, à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; e ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Houve dúvidas quanto a constitucionalidade do art. 478, inciso I, do CPP. Como se sabe, o art. 472, parágrafo único, do CPP, determinado que, logo após o compromisso, jurado receberá “cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”. O art. 480, §3º, do CPP, assegura aos jurados acesso aos autos e aos instrumentos do crime. Os jurados terão pleno acesso à pronúncia e aos elementos probatórios. Assim, é contraproducente que as partes não possam fazer menção aos documentos que compõe os autos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitem as referências à pronúncia quando não são utilizadas como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado. Sem prejuízo, não se reconhece nulidade, conforme previsto no art. 563, do CPP. (STF: RHC 120598, DJe 03/08/2015; e HC 127307 AgR, DJe 21/06/2016; e STJ: AgRg no REsp 1444570/SP, DJe 19/03/2015; e AgRg nos EAREsp 300.837/SP, DJe 05/05/2015).

Esta solução, se não agradou, resolveu a controvérsia em favor do controle judicial, caso a caso, através do poder de polícia do juiz-presidente do Tribunal do Júri, na forma do art. 497, incisos I e III, do CPP, que assegura ao juiz togado as atribuições de “regular a polícia das sessões e prender os desobedientes”; e de “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes”.

Diante deste entendimento judicial, existe a possibilidade de que, caso aprovado o projeto do novo CPP, seja relativizada a vedação à menção dos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, nos mesmos termos. Ou seja, os depoimentos prestado na investigação policial poderiam ser mencionados conquanto não sejam utilizados como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado.

Isto seria, no mínimo, problemático, pois, dificilmente, as partes mencionariam tais depoimentos se não fosse com o objetivo de demonstrar aos jurados que tais depoimentos sustentam ou rechaçam teses jurídicas, que possam beneficiar ou prejudicar o réu. O dispositivo não-permissivo estaria sempre sob interpretação conforme o caso. Portanto a regra seria a vedação, enquanto que a exceção deveria ser aplicada com bastante parcimônia para não desvirtuar a norma. Como bem destacou Pacelli (2016):

Superadas as crenças positivistas da onipotência ou da divindade legislativa, não há mais lugar para o *dura lex sed lex*. Nem todo vício procedimental compromete o exercício da ampla defesa ou perturba de algum modo a idoneidade da decisão judicial. Exatamente por isso nem sempre deve ser declarado e afirmado o erro ou vício que não tiver influência no devido processo. (...) Nesse âmbito, porém, nem tudo são flores, bem se sabe. A questão do *prejuízo* e, mais especificamente, o ônus de sua demonstração costuma descambar para a prova *diabólica*, isto é, aquela que não pode ser realizada. (PEREIRA, 2016, p. 105)

A real dificuldade é fazer com que os operadores do direito compreendam o valor probatório do inquérito policial. Para o projeto, os depoimentos prestados em sede de inquérito policial teriam nenhum valor para formação da convicção dos jurados, na medida em que não são realizados sob o contraditório judicial. Ainda que o depoimento fosse realizado na presença de advogado ou mesmo produzido pela própria defesa do investigado, as informações dele não teriam validade como prova a ser utilizada em sentença judicial.

Não se ignora, como bem frisa Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 158), que os elementos colhidos em sede de inquérito policial devem acompanhar a ação penal tão somente para justificar ou não o recebimento da acusação, eis que esta é sua “função endoprocedimental” (2016, p. 158). Contudo, como bem ressaltou BONFIM (2012, p. 40), “(...) se vale para a acusação

a ressalva de que todo o cuidado com o inquérito policial é imprescindível (...) no julgamento, serve a observação de que, também para a defesa, tal peça não é ‘simples investigação’, mero ‘procedimento administrativo’, mas, contrariamente, pode mesmo se configurar em elemento probatório da mais alta valia, mesmo decisório, quando do plenário do júri.”. Tratam-se duas formas opostas de encarar o valor do inquérito como instrumento de *desvelamento* da verdade, que é, frequentemente, utilizado pelas partes (acusação e defesa) para sustentar ou rechaçar teses jurídicas perante o Tribunal do Júri.

Não é raro ver, em sessões de julgamento pelo Júri, a defesa mencionar, de forma reiterada, depoimentos prestados em sede de investigação policial para sustentar as teses defensivas. É um equívoco sustentar que apenas os membros do Ministério Público e os assistentes da acusação utilizam os depoimentos prestados na fase de investigação como elementos de convicção. Pelo contrário, é bastante comum que advogados e defensores públicos indiquem as provas produzidas na investigação pré-processual como elementos de convicção, mesmo quando não submetidas ao contraditório, pois à defesa interessa desconstruir o caminho da investigação para apontar outros autores da infração penal e para sugerir outras narrativas processuais, inclusive para comparar as informações da investigação com as provas produzidas durante a instrução judicial.

A doutrina não consegue ignorar que o art. 155, do CPP, determina que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Contudo, já decidiu o STJ que “A regra ínsita no art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos oriundos da fase inquisitorial possam servir de fundamento à sentença, desde que outros elementos colhidos na fase judicial corroborem tal entendimento. (...) Além disso, às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são assegurados o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Não se exige motivação das decisões do Conselho de Sentença que são embasadas na íntima convicção ou certeza moral dos jurados.” (HC 232.232/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013). No mesmo sentido: STJ, HC 228.795/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 517.583/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014; e AgRg no REsp 1477395/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016.

Da mesma forma, já decidiu o STF que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE 425.734-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie), e é válida a “prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial” (HC 82.622/SP, Rel. Min. Carlos Velloso) (julgados citados no HC 114592, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, Dje-057, publicado em de 26/03/2013).

De modo mais explícito, o STJ já entendeu que “(...) não havendo uma exposição dos fundamentos utilizados pelo Conselho de Sentença para se chegar à decisão proferida no caso, é impossível a identificação de quais provas foram utilizadas pelos jurados para entender pela condenação ou absolvição do acusado, o que torna inviável a constatação se a decisão baseou-se exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial ou nas provas produzidas em juízo, conforme requerido na impetração. (HC 175.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011). No mesmo sentido: HC 216.959/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012.

Na atual quadra legislativa, doutrinária e jurisprudencial é impossível ignorar o valor probatório do inquérito policial. Como já se viu, uma nova realidade poderá ser inaugurada com o novo CPP, ao vedar a utilização de provas da fase de investigação não submetidas ao contraditório judicial. Contudo, ainda assim, haverá graves dificuldades ao exercício da defesa, em especial, nos procedimentos de competência do Júri.

III. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PLENITUDE DE DEFESA E DE CONTRADITÓRIO

A proibição de menção a depoimentos prestados no inquérito policial será uma regra que visa a preservação de interesses especialmente tutelados e que colabore para decisões pretensamente justas. Se este é o discurso usual utilizado pelos que defendem a inovação, é preciso conceber como, de fato, a regra seria interpretada na prática judiciária, mesmo sob a ótica do novo projeto de CPP.

Como ensina o processualista italiano Taruffo (2016, p. 161), “em todos os ordenamentos processuais há normas que influem na disciplina das provas, fazendo prevalecer razões não epistêmicas ou contraepistêmicas (determinadas por escolhas ideológicas em sentido lato) sobre regras e métodos que seriam epistemologicamente válidos, já que funcionais à apuração da verdade.”. Em síntese, existe um conflito entre a necessidade de apurar a verdade e a de tutelar valores *não epistêmicos*, como seria o caso dos direitos constitucionais de plenitude de defesa e de contraditório. Tal conflito, *a priori* verdadeiro, pode levar, em alguns casos, a violação reflexa dos valores a serem tutelados.

O principal defeito da regra que veda a menção a depoimentos extrajudiciais é que foi concebida em um contexto processual que em nada lembra o processo penal moderno adotado em países como Chile, em que os elementos da investigação processual não integral o *juízo oral*, de modo que o *juiz de garantias* veda que o *Tribunal* tenha conhecimento dos depoimentos produzidos em sede de investigação. Apenas, de forma tímida, o projeto do novo CPP determina que, no seu art. 166, que o “juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.” Contudo, não há um procedimento muito claro a respeito deste assunto, enfim, não se sabe ao certo quando e como o juiz poderá proceder a exclusão de provas ilegais, impertinentes, irrelevantes ou protelatórias. No processo penal do Chile, como por exemplo, isto se dá na fase de *preparação para o juízo oral*, que no final expedirá o *auto de abertura do juízo oral*.

O projeto do novo CPP prevê que o investigado, seu defensor e mandatários com poderes expressos, poderão “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (art. 13). A iniciativa probatória da defesa poderá ser denominada de *investigação criminal privada, investigação criminal do investigado ou investigação criminal defensiva*. Consiste no poder que o investigado, seu defensor e mandatários terão de produzir provas, inclusive testemunhal. O projeto somente não explica como se dará estas iniciativas. No caso de homicídio, é possível imaginar que, sob o pretexto de produzir provas, o suspeito de crime, seu advogado e mandatário poderão, simplesmente, procurar possíveis testemunhas e conversar com elas, o que, por si só, poderá ser encarado como intimidação, embaraçando a investigação. O novo CPP sequer dar regramento mínimo a esta busca por fontes de prova em favor da defesa, nem mesmo que diligência levada a cabo pelo investigado poderá ou não exceder o prazo de conclusão do inquérito policial.

De qualquer modo, impressiona também que os elementos de prova produzidas pela defesa não possam ser mencionados durante os debates do Tribunal do Júri, mesmo quando se tratem de informações importantes.

Segundo Bulos (2005, p. 248-249), a “plenitude de defesa assenta-se na possibilidade de o acusado se opor ao que contra ele se afirma. Trata-se de uma variante do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) [...] A defesa deve ser plena porque é dado ao acusado o direito de expor suas razões com real igualdade, sejam quais forem elas. [...] Isto não significa oportunidades ou prazos ilimitados, porque o acusado também está obrigado a cumprir o que a lei determina [...]”. Por sua vez, o “conteúdo do princípio constitucional do contraditório é sobejamente claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes.” (BULOS, 2005, p. 301).

Não há dúvidas de que os depoimentos colhidos na fase de investigação criminal, quando não submetidos ao contraditório, impossibilitam a plenitude de defesa. De outra parte, os depoimentos produzidos pela defesa, que não são repetidos sob o pálio do contraditório, inviabiliza que a acusação confronte as informações prestadas pela pessoa inquirida pela defesa, até porque dificilmente se saberá sob quais condições o depoimento fora produzido e se o seu conteúdo se sustentaria após algumas indagações da acusação.

Ainda assim, podem existir circunstâncias bastante perniciosas à defesa, como seria o caso de um depoimento capital que poderia levar a absolvição que, por circunstâncias alheias a vontade da defesa, não pôde ser repetido durante a instrução judicial. No caso de falecimento e desaparecimento da pessoa, a defesa restaria prejudicada e o processo judicial poderia resultar na condenação do réu, na impossibilidade da defesa mencionar um depoimento prestado na fase policial, não submetido ao contraditório.

Para aqueles que defendem a verdade como elemento contingencial e que o juiz deve construir seu convencimento nos limites do contraditório e do devido processo penal (como é o caso de Lopes Júnior, *in* PEREIRA, 2016, p. 78), seria muito penoso arriscar a solução de uma controvérsia criminal, quando é vedado à defesa mencionar durante os debates uma prova produzida pela própria defesa que não pôde ser repetida durante a instrução criminal. Os defensores desta modalidade de *verdade processual* diriam que se trata do custo a ser pago numa democracia. Mas, não precisa ser assim. Como mencionou Dworkin (2016, p. 91), “É desconcertante que nos digam para não nos preocuparmos com a verdade quando é exatamente ela que nos preocupa.” No sistema de julgamento pelo Tribunal do Júri a *verdade como correspondência aos fatos* é ainda mais convincente. Como defende Taruffo (PEREIRA, 2016, p. 250), a verdade desenvolve uma função essencial no processo. Taruffo (PEREIRA, 2016, p. 247) afirma que a verdade é um valor fundamental da democracia, que não existe sem o princípio de verdade na relação entre poder e cidadania.

Não se trata de perseguir a verdade real, pois ela é impossível de ser obtida, eis que o “crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário”, como bem afirmou Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 70). Por outro lado, é difícil concordar com Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 79), ao defender que apenas a *verdade formal ou processual* é legítima, pois atenderia ao ritual judiciário. Como bem ressaltou Taruffo (2016, p. 19), na Idade Média baixa, para assegurar a importância dos ordálios (quais, sejam, o *duelo judicial*, a *prova d’água*, a prova do *caldeirão fervente*, a prova do *ferro incandescente*, a prova do *fogo*, e as diversas versões dessas técnicas fundamentais), o que legitimava sua aceitação era justamente o cumprimento de rituais. Como ensinou Taruffo (2016, p. 19), “Eram previstos procedimentos específicos e muito detalhados para a celebração dos ordálios: a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que delas derivava.” Assim, até mesmo os *ordálios* seriam aceitados como verdadeiros na doutrina professada por aqueles que defendem que a verdade é sempre contingencial.

A verdade não é formal ou real, ela é simplesmente verdade. Como ensina Taruffo (2016):

[...] não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo (...) a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade <<processual>> e verdade <<real>> carece de fundamento. (TARUFFO, 2016, p. 107)

Em síntese, para os jurados não importa que as provas sejam produzidas na fase de inquérito policial ou na fase de instrução judicial. A última baliza dos jurados é a verdade. Os jurados sabem distinguir o valor probante de um depoimento prestado em sede policial e outro produzido sob o pálio do contraditório. Em verdade, os jurados costumam dar uma atenção especial aos depoimentos prestados na fase de investigação, quando acompanhados por advogado e quando é dada oportunidade à defesa produzir provas, ainda na fase pré-processual. Obviamente, os jurados são capazes de entender o contexto em que tais provas são produzidas e que, a partir de uma acusação formal, a defesa pode ter traçar novas estratégias defensivas, mas, de qualquer modo, parece incoerente e contraproducente ignorar elementos produzidos na fase de investigação quando há participação da defesa na investigação criminal, assegurado uma espécie de contraditório pré-processual.

Ademais, os jurados estão bem menos propícios a pré-julgamento quando comparados aos magistrados. Como bem ressaltou Pacelli (PEREIRA, 2016, p. 90), ao comentar a teoria da *dissociação cognitiva*, os juízes profissionais tendem a “confirmar sua impressão inicial obtida no ato de recebimento da denúncia” e tendem a aceitar “a credibilidade de competência funcional dos membros do Ministério Público, de modo a se limitarem a ratificar os oferecimentos de denúncia.” (PEREIRA, 2016, p. 90). O mesmo não ocorre com os jurados, eis que não possuem atividade decisória antes da sessão de julgamento e, normalmente, tomam conhecimento das narrativas processuais e das provas quando da sessão, que se desenvolve em poucas horas. O tempo de se associar a atividade de alguma das partes é muito pequeno, de modo que a possibilidade de pré-julgamentos é ainda menor em comparação ao juiz togado.

É verdade que, no júri, a atividade de julgar é completamente distinta da praticada pelo juiz togado. Além de metodologia diversa, o objetivo do Tribunal do Júri é solucionar a controvérsia através de julgamento em que a íntima convicção e a certeza moral são as balizas mais preponderantes. O processo de interpretação é basicamente filosófico e a compreensão é fenomenológica. Não se desconhece que, conforme ensina Luiz:

Não se compreende qualquer coisa ou situação em forma de *tábua rasa*, ou seja, não há como apreender uma realidade fora do tempo e espaço em que se vive, fora da tradição em que estão os sujeitos envolvidos. Da mesma forma, não há como em cada nova situação, esquecer-se, esvaziar a consciência, das experiências anteriores. A condição de possibilidade para se compreender qualquer situação é justamente a existência de meios preliminares de abordá-lo. O ato de interpretação nunca está desligado do passado, como se estivesse preso dentro do presente. (LUIZ, 2013, p. 89)

Em outros termos, os jurados interpretam e decidem baseado em um mundo comum compartilhado (*tradição*), em que eles se reconhecem como pessoas em face dos outros. Não há dúvidas de que os jurados possuem *pré-compreensão* (pré-conceitos), mas esta é colocada a prova, constantemente, no movimento de “ir e vir do círculo hermenêutico, através da abertura de horizonte possibilitada pela fusão ocorrida no primeiro processo, que gerará um novo ponto de partida (uma nova pré-compreensão).” (LUIZ, 2013, p. 90).

Vedar a menção aos depoimentos da fase investigativa poderá ser problemático, quando se tratar de indicar, nos debates, as provas produzidas em instrução processual. Frequentemente, as partes mencionam os depoimentos do inquérito policial para confrontar com o que os depoentes informam perante o juiz e os jurados, seja na fase de instrução preliminar, seja na sessão de julgamento pelo júri. Será muito tentador às partes argumentar sobre a credibilidade de depoentes pelo que foi dito em sede policial e em sede judicial. A defesa poderá até se queixar que deixar de falar sobre o que foi declarado na fase de investigação seria violação ao direito à plenitude da defesa e o legislador errou em vedar às partes mencionarem sobre os depoimentos prestados na fase pré-processual.

Ainda pior será a situação em que, aprovada a fase de deliberações ou um determinado tempo para que os jurados possam refletir sobre as provas que constam nos autos, o jurado leia os depoimentos prestados no inquérito policial e tome sua decisão com base nestes documentos, sem orientação das partes. Como já dito, o atual CPP, no seu art. 480, §3º, prevê que “Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.” O projeto do novo CPP, no seu art. 393, §3º, traz uma redação quase idêntica: “Os jurados terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.” Seria cômico, se não fosse trágico, pensar que as partes, proibidas de mencionar os depoimentos prestados na investigação criminal, tenham que sugerir que os jurados leiam os depoimentos prestados no inquérito policial para tirar suas próprias conclusões.

Para que seja rechaçada qualquer dúvida, no art. 37, do projeto, consta que os “autos do inquérito”, quando concluídos, serão remetidos ao Ministério Público. Já o art. 264 estabelece que a formação do processo se inicia com a distribuição da ação

penal, que, obviamente deverá ser acompanhada com os “autos do inquérito”, sem os quais não será possível o recebimento ou a rejeição liminar da denúncia ou da queixa. Sendo assim, com o recebimento da denúncia, os “autos do inquérito” se transmutam em “autos do processo”. Não há uma divisão explícita entre “autos do inquérito” e “autos do processo”, até porque, como visto no art. 168, do projeto, o juiz poderá firmar sua convicção através de provas cautelares, de provas não repetíveis e de provas antecipadas, produzidas na fase de investigação pré-processual.

IV. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

A vedação de menção aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal durante os debates, conforme previsto no Projeto de Lei nº 8045/2010 (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009), que trata da reforma do Código de Processo Penal (CPP), viola os princípios constitucionais da *plenitude de defesa*, do *devido processo legal adjetivo* e do *contraditório* (art. 5º, incisos XXXVIII, alínea *a*, LIV, e LV, da Constituição Federal de 1988) na medida em que impossibilita que as partes possam fazer referências às provas do inquérito policial que beneficiem ou prejudiquem o acusado; inviabiliza o resultado do exercício de prerrogativas probatórias previstas em lei, como o confronto das informações prestadas pelas testemunhas na investigação criminal e na instrução judicial; e pode estimular que jurados decidam com base em depoimentos extrajudiciais, sem orientação das partes, uma vez que o art. 480, §3º, do CPP, assegura aos jurados acesso integral aos depoimentos prestados na investigação criminal. Por fim, cabe estabelecer que, sendo assegurada a defesa a oportunidade de mencionar os depoimentos prestados na fase policial, à acusação também deverá ser assegurada a oportunidade de contradizer elementos probatórios da fase pré-processual, em especial, as provas produzidas pela defesa, em respeito ao princípio de *paridade de armas*.

V. REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS(a). **Projeto de Lei nº 8045/2010**. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> acesso em 15/06/2017.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS(b). PARECER do Relator Parcial, PRP 2 PL804510, pelo Dep. Pompeo de Mattos. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 15 jul. 2017.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS (c). **PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Audiência Pública realizada em 12 jul. 2016**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zdPEaxoCFBU>>. Acesso em 15 jul. 2017.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- ESPAÑA, Gobierno de. Ministério de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Agencia Estatal – Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-12095>>. Acesso em 15 jul. 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva jus, 2017.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Leorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MARQUES, Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Campinas/SP: Ed. Millennium, 2001.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.) **Verdade e Prova no Processo Penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 jul. 2017.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- VALE, Ionilton Pereira; e SANTOS, Teodoro Silva dos. **O Tribunal do Júri no Contexto dos Direitos Humanos: análise da instituição à luz das convenções internacionais de direitos humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

*APOIO, CAPACITAÇÃO E ENSINO DO
TRIBUNAL DO JÚRI NO
MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO¹*

YTHALO FROTA LOUREIRO*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.
E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. INTRODUÇÃO

A busca pela verdade é um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. A desrespeito daqueles, como Aury Lopes Jr. (PEREIRA, 2016, p. 84), que dizem que a verdade é contingencial e que não se deve ter “ambição de verdade”, prefiro ficar com Dworkin (2016, p. 91), para quem “É desconcertante que nos digam para não nos preocuparmos com a verdade quando é exatamente ela que nos preocupa.” A busca pela verdade demanda uma compreensão mais sensível de como funciona e de como deveria funcionar as instituições públicas, em especial, aquelas que se dedicam ao processamento e julgamento dos crimes de homicídio, atualmente, uma das principais preocupações em políticas de segurança pública.

O Anuário de Segurança Pública 2016, com dados das Secretarias de Segurança Pública dos Estados, revelou que, em 2015, a cada nove minutos, uma pessoa foi morta violentamente no país e que no período de 2011 a 2015, o Brasil teve mais mortes violentas do que a guerra civil da Síria. O Anuário ainda revelou que 76% dos brasileiros tem medo de morrer assassinado e 57% da população acredita que “bandido bom é bandido morto” (LIMA, 2016, p. 6). Por sua vez, o Atlas da Violência 2017, com dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, demonstrou que ocorreram 59.080 homicídios no Brasil em 2015 (suportando uma variação entre 59 mil a 60 mil mortes), enquanto que entre os anos de 2005 a 2007, o número de homicídios variou entre 48 mil a 50 mil casos (CERQUEIRA, 2017, p. 7). A pesquisa destacou que:

[...] tal índice revela, além da naturalização do fenômeno, um descompromisso por parte de autoridades nos níveis federal, estadual e municipal com a complexa agenda da segurança pública.

Além de outras consequências, tal tragédia traz implicações na saúde, na dinâmica demográfica e, por conseguinte, no processo de desenvolvimento econômico e social. Um dado emblemático que bem caracteriza a questão é a participação do homicídio como causa de mortalidade da juventude masculina, 15 a 29 anos, que em 2015 correspondeu a 47,8% do total de óbitos. Se considerarmos apenas os homens entre 15 a 19 anos, esse indicador atinge a incrível marca dos 53,8% [...] (CERQUEIRA, 2017, p. 7)

Entre os principais fatores que colaboram para o crescimento da violência no Brasil, nas últimas décadas, destacam-se: a expansão do tráfico de drogas nas periferias urbanas e a ampla utilização da arma de fogo como instrumento de poder e resolução conflitos, o uso da violência como procedimento rotineiro (SAPORI, 2014, p. 79); e a impunidade como efeito principal do mau funcionamento de todo o arcabouço institucional de combate à criminalidade, a exemplo do baixo grau de certeza da punição e da baixa severidade da sanção penal (SAPORI, 2014, p. 82). De fato, os baixos índices de esclarecimento de autoria dos crimes de homicídio, a morosidade da justiça criminal brasileira, a desarticulação dos órgãos públicos, a ineficiência na gestão das políticas de segurança, somados a consolidação do tráfico de drogas, contribuíram para este quadro caótico de criminalidade em níveis tão acentuados (SAPORI, 2014. 99).

O órgão acusador mais presente no Tribunal do Júri é o Ministério Público (MP), que, através de seus representantes (Promotores de Justiça e Procuradores da República), promove, privativamente, a ação penal pública (art. 129, inciso I, da Constituição Federal – CF/88), na perspectiva de que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entre os quais os direitos à vida, liberdade, igualdade, justiça e devido processo legal. Diante de um quadro tão grave de violação de direitos fundamentais, como demonstram as pesquisas, o Ministério Público possui um papel relevante no combate aos crimes de homicídio, que não pode se limitar a *atuação judicial* perante o Tribunal do Júri.

O presente trabalho visa pesquisar como a matéria do Tribunal do Júri tem sido tratado pelo Ministério Público brasileiro e averiguar como seria um modelo nacional de capacitação e apoio do Tribunal do Júri no âmbito Ministério Público. A pesquisa se limitou a consulta às páginas eletrônicas dos diversos ramos do Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal e nas mais recentes iniciativas da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público (UNCMP). Serão destacadas informações publicadas entre os anos de 2013 e 2017.

II. JUSTIFICAÇÃO

O processo de convencimento dos jurados vai muito além do estrito campo legal, exigindo do membro do MP conhecimentos específicos, entre os quais, técnicas de argumentação. Também é necessário que o MP desenvolva políticas próprias para capacitação e apoio ao promotor do júri, que possa auxiliá-lo no processo de formação da convicção dos jurados.

Como evidenciam Vale e Santos (2017, p. 301), o “Tribunal do Júri é a arena ideal para a arte da persuasão quer no fórum quer nas audiências. As partes têm o controle considerável de forma e conteúdo dos esforços persuasivos, dentro dos parâmetros legais, das regras de evidência e da conduta adequada.” Em verdade, muitos são os fatores que influenciam a decisão no júri. É impossível descobrir as razões pelas quais os jurados decidiram. Não é incomum que as pessoas pensem que é mais razoável ter receio do processo judicial decidido pelos jurados do que o resolvido por um juiz profissional, eis a nota de imprevisibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. É bem verdade que, como explica GADAMER, a “ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” (2013, pág. 433). Da mesma forma, Streck (2014, p. 363), defende que a hermenêutica não pode ser relativista, discricionária ou arbitrária. De qualquer sorte, ainda vige na legislação pátria e na prática judiciária, a *concepção irracionalista* do júri, apesar do processo penal moderno exigir um controle sobre a racionalidade da decisão judicial. Como bem ressaltou Taruffo (2016, p. 43-44), o júri é concebido “[...] *a priori* na correção e na justiça do veredito imperscrutável, formulado por um grupo de pessoas que fala com a *vox populi*. Nessa perspectiva, a verdade é aquilo que o júri diz [...]”.

A legislação brasileira dá especial destaque ao procedimento recursal nos processos dos crimes de competência do Tribunal do Júri. A apuração da verdade possui uma estreita ligação com um certo controle sobre a racionalidade da decisão. Por este motivo é que a soberania dos veredictos não é incompatível com o recurso de apelação na qual se alega que decisão do júri é manifestamente contrária a prova dos autos. Como afirma o Supremo Tribunal Federal, “a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos.” (HC 130690 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2016, DJe-250 de 23/11/2016).

Este modelo de júri, na qual a irracionalidade e a racionalidade da decisão estão presentes na prática judiciária, impõe que os membros do MP com exercício perante o Tribunal do Júri procurem desenvolver estratégias de atuação diferenciadas. Técnicas de oratória e neurolinguística, como por exemplo, devem ser desenvolvidas em dimensão mais complexa do que a verificada nas varas criminais, em que atuam, de forma monocrática, o juiz togado. Afinal, o discurso jurídico formulado pelo promotor do júri deve se dirigir de forma distinta e ao mesmo tempo perante dois *auditórios* diferentes, o juiz profissional e o jurado.

Por outro lado, o “modelo judiciário” de promotoria do júri em nada colabora para na formulação de políticas públicas que visem o combate aos crimes de homicídio. Existe uma hipótese recorrente de que, nas capitais e grandes cidades do País, as promotorias do júri não costumam utilizar instrumentos extrajudiciais e propor medidas judiciais que tornem os promotores articuladores políticos, tal como agem os membros do MP na área de interesses difusos. Os promotores do júri ainda não teriam atingido a dimensão que transcende o sistema de justiça tal como já ocorreu com os promotores de justiça nas áreas de atuação extrajudicial, a exemplo das promotorias cíveis de combate a corrupção, de defesa do consumidor, do meio ambiente e das promotorias criminais de investigação criminal ou dos grupos de combate ao crime organizado.

Não se trata apenas da ausência ou precariedade de utilização de procedimentos extrajudiciais, mas também como tais instrumentos são utilizados. Silva (2001, p. 90) faz uma diferenciação entre dois tipos ideais: *promotor de gabinete* e *promotor de fatos*. “Promotor de gabinete” é definido como “aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado.” (SILVA, 2001, p. 91). Conforme explicou Silva (2001, p. 91), na verdade, o *promotor de gabinete* atribui maior relevância à tarefa de dar conta dos processos judiciais, em razão de diversos fatores, como o próprio conteúdo da área de atuação, a alta demanda e a burocracia em torno dos procedimentos extrajudiciais. Não é desconhecido que o número de procedimentos extrajudiciais da área criminal, que não possuem estreita ligação com a área judicial (como o inquérito policial), é bem menor do que os procedimentos extrajudiciais da área de defesa dos interesses metaindividuais.

Por sua vez, o *promotor de fatos* “prioriza as questões que abrangem um grande número de pessoas ou que estejam ligadas a políticas e programas públicos.” (SILVA, 2001, p. 96). Para o *promotor de fatos*, o processo judicial não é tão importante quanto a atuação política transformadora em defesa dos direitos coletivos, de modo a fazer concreto as promessas do texto constitucional. Para tanto, o *promotor de fatos* não tem receio de inaugurar ou incentivar processos de negociação com autoridades públicas e dirigentes de organizações não-governamentais (SILVA, 2001, p. 96), exercendo atribuições constitucionalmente previstas, estritamente, fora da pauta de atuação proposta pelo judiciário. O *promotor de fatos* visa influenciar na produção legislativa e na formulação de políticas públicas sob a responsabilidade do poder executivo, utilizando um processo de convencimento baseado em vantagens de natureza publicitária e na pretensa ameaça fundada de *judicialização* dos processos negociais, com a instauração da ação civil pública e da ação por improbidade administrativa. Certo que, conforme evidencia Silva (2001, p. 97), a “via judicial é evitada, não só pela lentidão e incerteza das respostas do Poder Judiciário, mas porque o promotor de fatos interpreta o seu papel como atividade que *transcende* o sistema de justiça e requer *legitimação* na comunidade.”

É verdade que os promotores de justiça podem ser, ao mesmo tempo, *promotores de gabinete* e *promotores de fatos*, a depender da área de atuação. Na área criminal, como por exemplo, os promotores ainda possuem uma atuação tímida no sentido de participação ou intervenção em políticas públicas, da maneira que assim fazem os promotores da área de defesa de interesses metaindividuais. Isto ocorre porque, na própria instituição e na doutrina, não é pacífico que promotores criminais possam ingressar com ações coletivas, na medida em que isto poderia ser entendido como “invasão” das atribuições das promotorias cíveis.

Na verdade, existe uma concepção ainda pouco difundida da *interdisciplinariedade* das áreas criminais e cíveis na promoção de direitos, como ocorre, por exemplo, na Lei 11.340, de 2006 – Lei Maria da Penha, que criou mecanismos de natureza cível e criminal para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher. Ainda não se instaurou, no Ministério Público brasileiro, uma cultura de criação de promotorias de justiça com foco nas áreas da tutela da segurança pública e do controle externo da atividade policial. *Segurança* é um direito fundamental e social, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (arts. 5º, *caput* e 6º, *caput*, e 144, *caput*, da CF/88), portanto merece uma política mais eficiente por parte do MP, que não se limite a promoção da ação penal perante o judiciário. A punição não significa mais ou menos do a possibilidade de evitar o delito.

É dever do promotor do júri promover uma atuação pró-ativa no sentido de aumentar a eficiência do combate aos crimes de homicídio, de forma articulada com os demais órgãos do sistema de justiça. Afinal, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis é missão institucional geral do Ministério Público (art. 127, da CF/88), não podendo ser atribuída de forma exclusiva a uma determinada área de atuação institucional. Portanto, não há óbices jurídicos para que as promotorias do júri assumam o protagonismo no combate ao crime de homicídio, eis que, na maioria das capitais e grandes cidades brasileiras, os promotores do júri percebem o homicídio de uma posição privilegiada, completa e especializada, atuando desde o inquérito policial até o julgamento pelo Tribunal do Júri. O promotor do júri é o único membro do sistema de persecução criminal que, além de acompanhar todo o procedimento de investigação e o processamento do crime de homicídio, pode, com atribuição constitucional, intervir em políticas públicas de segurança pública e colaborar, no seu aspecto mais evidente, ao combate da *sensação de insegurança*.

Assim, é possível levantar a hipótese de que, apesar da qualidade técnica dos quadros que compõe o Ministério Público, a instituição não possui uma política nacional uniforme voltada a capacitação e ao apoio das Promotorias e Procuradorias com exercício perante o Tribunal do Júri, de modo que os membros do MP podem estar atuando de modo mais empírico do que científico.

No âmbito operacional, alguns poucos Ministérios Públicos criaram ou mantiveram grupos de apoio, grupos de trabalho ou núcleos operacionais com a temática específica “Tribunal do Júri”.

Em 26/10/2015, a **Procuradoria Geral da República** criou o Grupo de Apoio – Tribunal do Júri (Gatj), aprovado na Sessão de Coordenação da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, e implementada por meio da Portaria PGR/MPF nº 180, de 16 de março de 2016, para atuação por um período de um ano. A criação do grupo foi prorrogada, por mais um ano, através da Portaria PGR/MPF nº 366, de 3 de maio de 2017. Segundo as informações obtidas da página eletrônica (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL...), o grupo possuía 23 (vinte e três) membros, oriundos de Procuradorias da República de Municípios e de Capitais de diversos Estados (Araguaína/TO, Bento Gonçalves/RS, Governador Valadares/ MG, Jacarezinho/ PR, São Paulo -SP, Recife-PE, etc.), bem como Procuradores Regionais, com designação especial para atuar em 1º grau de Instância. Segundo sítio eletrônico, a finalidade do Grupo (Gatj) é “viabilizar o auxílio, mediante designação do Procurador-Geral da República, à atuação perante o Tribunal do Júri, em conjunto e a pedido do procurador natural do feito, nos casos de alta complexidade e atuação especializada.” Segundo palestra proferida em 30 de junho de 2017, por seu coordenador, o Procurador Regional da República Vladimir Barros Aras, no I Encontro Nacional do Ministério Público do Tribunal do Júri, a pretensão do Gatj é fazer o apoio aos cursos de formação de novos membros do MPF, promover oficinas de trabalho para difundir a cultura do Tribunal do Júri e realizar o apoio operacional na formulação das teses e na sustentação da acusação nos julgamentos de casos complexos de competência do Tribunal do Júri da Justiça Federal.

Por sua vez, em 28/10/2015, o Ministério Público de **Pernambuco** criou o Grupo de trabalho (GT) para apoiar os promotores de Justiça do Tribunal do Júri, conforme notícia extraída do endereço eletrônico (MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO...). Segundo o que consta neste endereço, o GT será “vinculado ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminal (Caop Criminal) e prestará auxílio aos promotores de Justiça que atuam do inquérito ao plenário do Júri, em casos de repercussão ou justificada necessidade, em conjunto ou por aquiescência formal do promotor natural [...] notadamente com estratégias de atuação funcional”.

De forma semelhante, em 23/11/2015, através da Resolução CPJ/PI nº 07/2015, o Ministério Público do **Piauí** criou o Grupo de Apoio aos Promotores de Justiça com Atuação no Tribunal do Júri, visando, em resumo: a) “[...] atuar nas sessões de julgamento, por meio de seus membros, mediante requerimento do Promotor de Justiça oficiante no feito [...]”; b) “[...] orientar sobre técnica e tática de atuação do Promotor de Justiça no Plenário do Júri [...]”; c) “[...] prestar auxílio em áreas de conhecimento correlatas ao processo penal dos crimes de competência do Tribunal do Júri [...]”; e d) “[...] realizar, pelo menos, uma oficina anual de atualização em matéria atinente ao Tribunal do Júri [...]” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PIAUÍ(a)...). Na referida resolução, é previsto que o promotor de justiça deverá obter “todas as informações extraprocessuais relevantes concernentes ao acusado, à vítima, às testemunhas e aos jurados, assim como referentes à repercussão do fato na comunidade.” (art. 6º, da Resolução) O grupo será composto por 6 (seis) promotores de justiça, sem prejuízo das atribuições normais, e deverá se reunir a cada dois meses, conforme dispõe os arts. 2º e 12, da referida Resolução.

Ainda no âmbito operacional, possuem “Núcleo do Júri” os Ministérios Públicos do Estado da **Bahia** e **Goiás**. No MPBA, o Núcleo do Júri foi criado pelo Ato nº 602/2010, em 01/12/2010, e tem como finalidade de apoio operacional, de forma

muito semelhante ao que procedem os centros de apoio operacional, não especificando se membros do grupo poderiam atuar em conjunto ou separado ao promotor natural. Segundo a página eletrônica do Núcleo do Júri do MPBA, tem o “propósito de fomentar a atuação, a troca de experiências e a uniformização de posturas, assessorando na definição, elaboração e execução de projetos institucionais, assim como na edição de normas voltadas à melhoria dos serviços afetos aos Promotores de Justiça com atribuições no Tribunal do Júri.” ([MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA...](#)) Possui 7 (sete) membros e conta com 2 (dois) servidores.

Em 22/05/2015, o Ministério Público de **Mato Grosso** criou o Núcleo do Tribunal do Júri, através do Ato Normativo Conjunto nº 039/2015- PGJ/CGMP. Segundo o ato normativo, extraído no sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO...](#)) o “Núcleo do Tribunal do Júri tem por finalidade auxiliar os Promotores de Justiça que tenham atuação nos processos de apuração dos crimes dolosos contra a vida” (art. 2º, *caput*), podendo seus membros atuar em conjunto com o promotor natural “em investigações criminais ou processos judiciais que visam a apurar crimes dolosos contra a vida de maior repercussão social, mormente para a participação no plenário.” (art. 6º, *caput*).

Por sua vez, o Ministério Público de **Goiás** criou o Núcleo das Promotorias do Júri da Capital, em 25/09/2015, contudo, pela descrição obtida no endereço eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS\(a\)...](#)), não se parece com o modelo descrito anteriormente. Na verdade, o Núcleo das Promotorias do Júri foi criado por ocasião da inauguração do novo espaço físico do edifício-sede do MPMGO, onde foram reunidos os gabinetes das sete promotorias de justiça vinculadas ao Tribunal do Júri de Goiânia/GO. Portanto, não se trata, propriamente, de um grupo de apoio operacional às Promotorias do Júri, mas sim, de um local onde estão reunidas as promotorias de justiça, com a recepção única, a unificação das secretarias e a centralização do controle de processos.

Por fim, o Ministério Público do **Maranhão** possui o Núcleo Tribunal do Júri, no âmbito do Centro de Apoio Operacional, que funciona como uma divisão do centro de apoio, através do qual é disponibilizado algum material de apoio, conforme se ver pelo sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO...](#)).

No Ministério Público de **Santa Catarina**, foi criado o Núcleo do Tribunal do Júri, em 18/04/2008, contudo, foi revogado em 15/07/2009, conforme se pesquisou no sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA...](#)), de modo que o apoio institucional se dá através do Centro de Apoio Operacional.

Em termos gerais, os Ministérios Públicos estaduais fazem o apoio institucional das promotorias do júri através do Centro de Apoio criminal, fornecendo material de apoio. Como por exemplo, o Ministério Público do Estado do **Ceará** possui uma página eletrônica do Centro de Apoio criminal (CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública) com destaque à “Área de Atuação” do “Júri” ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ\(a\)...](#)), onde se encontram manuais, artigos, jurisprudência e modelos de petição. Contudo, ainda são raros os casos em que as unidades se preocupam em estabelecer um grupo de apoio dedicado ao Tribunal do Júri no sentido de apoiar a atuação judicial em conjunto com o promotor natural. Por outro lado, não é incomum que haja a designação de promotores de justiça de áreas não privativas para atuar nas sessões de julgamento pelo júri, em especial, quando o Poder Judiciário, sob a Recomendação nº 53, de 6 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, promove o “Mês Nacional do Júri”, que, na prática, gerou uma demanda concentrada de julgamentos, em forma de mutirão, como ocorreu no mês de novembro de 2016, quando foram realizados mais de 2.900 julgamentos (CONSELHO NACIONAL... notícia de 05/12/2016).

Foram encontrados alguns projetos que visam promover o Tribunal do Júri, com objetivos diversos. No Estado do Ceará, em 11/11/2016, foi lançado o Projeto Interinstitucional denominado Projeto “Tempo de Justiça”, no âmbito de uma política governamental estadual denominada “Ceará Pacífico”, como uma tentativa de integração dos órgãos responsáveis pela investigação, inscrição e julgamento dos crimes de homicídio, conforme se ver no sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ\(b\)...](#)). No vídeo institucional do sítio eletrônico do YouTube ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ\(c\)...](#)) é explicado que as quatro instituições responsáveis (Governo do Estado, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário) se comprometeram a unir esforços de reestruturação institucional com acréscimo de mais delegados para Divisão de Homicídio para a investigação dos crimes de homicídio e mais promotores, defensores públicos e juizes para o processamento e julgamento dos crimes de homicídio. As instituições ainda se comprometeram a adotar um sistema único de monitoramento dos inquéritos e processos judiciais dos crimes de homicídio e foi criado um Comitê de Governança para acompanhar os processos desde a investigação e ao julgamento, no tempo previsto na lei processual penal, de modo que os processos com autoria esclarecida sejam julgados em tempo menor, a fim de combater a sensação de impunidade e recuperar o poder de dissuasão da sanção penal.

No Ministério Público do **Distrito Federal e Territórios**, a Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Planaltina, promoveu o projeto “Tribunal do Júri: Uma lição de vida”, que consistia “em levar estudantes da rede pública de ensino, com idade a partir de 16 anos, para assistir sessões de julgamentos de crimes dolosos contra a vida, com o objetivo de conscientizá-los sobre as consequências de atos criminosos, bem como conhecer, de perto, a função do Promotor de Justiça no plenário do Tribunal do Júri”, conforme notícia no sítio eletrônico do MPDFT ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS...](#)).

Não é incomum, que os MPs estaduais demonstrem a preocupação de participar de eventos que estejam relacionados ao Tribunal do Júri. Promotores de justiça do Ministério Público do **Rio Grande do Norte** proferiram palestras no “III Simpósio

Internacional sobre o Discurso Jurídico”, que ocorreu entre os dias 7 e 9 de dezembro de 2016, na cidade de Natal/RN, evento promovido pelo grupo de pesquisa em Análise Textual dos Discursos (ATD), no Centro de Ciências, Humanas, Letras e Artes (CCHLA), da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), conforme extraído do sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE...](#)).

No âmbito educacional, através de suas instituições de ensino (Escolas Superiores e Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional), os diversos ramos do Ministério Público mantém a temática do Júri nos cursos de formação de novos membros ou por meio de cursos ou oficinas de trabalho.

Escola Superior do Ministério Público de Goiás promoveu o Minicurso Persecução Atuação do MP na persecução penal em casos de crimes contra a vida, durante a 2ª semana do Curso de Formação para membros ingressantes no MP de **Goiás** (58º Concurso), no dia 11/03/2016, conforme sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS\(b\)...](#)).

Através da Resolução nº 004/2016, de 31/05/2016, o Ministério Público do **Acre** aprovou o Programa curricular do I curso de formação e capacitação de membros ingressantes na carreira, que inclui a disciplina “atuação do MPAC no Tribunal do Júri”, com carga horária total de 8 (oito) horas ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO ACRE...](#)).

A Escola Superior do Ministério Público da **União** promoveu o Curso de Aperfeiçoamento “Tribunal do Júri: uma experiência”, na modalidade presencial, entre os 18 a 20 de janeiro de 2016, em Brasília-DF, com o objetivo de proporcionar subsídios aos membros do Ministério Público para atuação no Tribunal do Júri. Neste curso de 16 (dezesesseis) horas-aula foram os temas como “A busca da prova: O inquérito e as medidas cautelares”, “Plenário: características e nuances”, “Recursos”, etc. ([ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO...](#))

O Ministério Público do **Paraná** promoveu o curso sobre atuação no Tribunal do Júri nos meses de setembro e novembro de 2015, o qual foi dividido em quatro módulos: medicina legal, balística forense, oratória forense e quesitos e nulidades no Júri: estratégias de plenário., conforme o sítio eletrônico ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ...](#))

O Ministério Público do **Piauí** realizou um evento de capacitação sobre atuação no Tribunal do Júri, nos dias 14 e 15 de outubro de 2016 ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO PIAUÍ\(b\)...](#))

O Ministério Público do **Rio Grande do Sul** realizou, no dia 07/12/2016, o “Curso de Júri Virtual”, que teve como objetivo capacitar os membros do MP para utilizar recursos digitais e tecnologias a serviço da experiência profissional ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL...](#)).

A Escola Superior do Ministério Público do Estado de **Sergipe** promoveu o curso “Atuação do Ministério Público no Tribunal do Júri: do Inquérito ao Plenário”, no dia 12/05/2015 ([MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE...](#)).

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf) do Ministério Público de **Roraima** promoveu o “Curso Promotoria do Júri” no dia 21/09/2013, visando “proporcionar aos Membros do MPRR um conhecimento teórico e prático [...] no Tribunal do Júri.” ([MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA...](#))

No âmbito nacional, somente nos anos de 2016 e 2017, foram realizados dois grandes eventos voltados ao Ministério Público com a temática do Tribunal do Júri, promovidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Entre os dias 20 a 22 de outubro de 2016, o **CNMP** e o Ministério Público do Estado de **São Paulo** promoveram o “Congresso do Júri”, na cidade de Águas de Lindoia/SP. Durante o evento foram ministradas palestras como “neurolinguística e Júri”, “colaboração premiada e outras questões processuais relevantes do Tribunal do Júri”, “letalidade policial”, e “feminicídio: estratégias para o plenário” ([CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO\(a\)...](#)).

Por sua vez, entre os dias 29 e 30 de junho de 2017, em Brasília/DF a UNCMP do CNMP promoveu o I Encontro Nacional do Ministério Público do Tribunal do Júri, oportunidade em que foram ministradas as palestras: “O Enfrentamento do Feminicídio”, “As controvérsias do Processo Penal no Júri”, “Homicídio com dolo eventual na direção de veículo automotor”, “Prova Indiciária no Crime de Homicídio”, “Estratégias de Atuação em Casos Emblemáticos”, “Militares e crimes dolosos contra a vida”, “Júri e Crime Organizado”, “O Garantismo Integral no Júri”, “Juris Federais”, “Questões Controvertidas da Quesitação” e “Discurso do Ministério Público no Júri”. ([CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO\(b\)](#)).

Entre as iniciativas de cunho pessoal, é impossível deixar de destacar o Blog “Promotor de Justiça: na defesa da sociedade”, de César Danilo Ribeiro de Novais, Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso, mantido desde fevereiro de 2007, portanto, há mais de 10 (dez) anos, contando com artigos jurídicos, notícias e material de interesse jurídico em geral, com foco no trabalho do Tribunal do Júri (NOVAIS, 2017).

A Confraria do Júri é a Associação dos Promotores do Júri, foi criada em julho de 2006 por promotores e procuradores de Mato Grosso e conta com a adesão de membros do Ministério Público de diversos Estados da Federação, constituindo a maior associação de membros do Ministério Público de forma legal e organizada, com a finalidade de “demonstrar para a sociedade

os princípios e valores do Tribunal do Júri, por intermédio de promoções de debates e palestras” ([CONFRARIA DO JÚRI...](#)). A Confraria do Júri mantém comunicação direta com seus associados, por e-mail e grupos em rede social, com uso do aplicativo “Telegram”, plataforma de mensagens instantâneas.

Por fim, o Professor Dr. Edilson Mougenot Bonfim, Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, tem ministrado seu “Curso do Júri” (módulo básico) em todo o país, desde 2015, como Rio Grande do Sul (dia 14/05/2015), Rondônia (dias 29 e 30/04/2016), Bahia (dia 10/06/2016) e Goiás (dias 12 e 13/08/2016 e 14 e 15/10/2016), através da Escola de Altos Estudos Criminais. Por último, desde 24 de março de 2017, Bonfim tem ministrado o “módulo avançado”, organizado pelo Instituto Brasileiro de Aperfeiçoamento Jurídico – IBAJ (BONFIM, 2017).

Não é demais destacar que, apesar de não haver uma política uniforme de apoio e da capacitação das promotorias de justiça com atuação perante o Tribunal do Júri, não é incomum que os membros do MP procurem manter comunicação em grupos de discussão, através de aplicativos de mensagens instantâneas, como *Telegram* e *WhatsApp*, através dos quais temas e casos são discutidos, serviços que conetam uma parcela considerável de pessoas no mundo (cerca de um bilhão de pessoas), não seria diferente com membros de uma instituição pública. Os aplicativos de discussão são iniciativas pessoais que não poderiam substituir uma política oficial de apoio e capacitação do Tribunal do Júri no Ministério Público, mas, sem dúvidas, facilitam a comunicação interpessoal de forma imediata. Certo que os diversos Ministérios Públicos instituíram provimentos ou recomendações no sentido de que seus membros e servidores promovam o acesso diário de seus *e-mails institucionais* com o objetivo de tornarem as comunicações mais eficazes.

Em suma, pelos dados levantados, conclui-se que a “cultura do Tribunal do Júri” é, de certo modo, difundida pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelos diversos ramos do Ministério Público brasileiro, contudo de forma não uniforme. O ensino do Tribunal do Júri é uma preocupação quase sempre presente nos currículos dos cursos de formação de novos membros, contudo, em geral, o conteúdo é o mesmo encontrado em livros jurídicos, com pouco ou nenhum destaque a assuntos antigos como *teoria da argumentação* e a assuntos mais novos como *neurolinguística*. Os eventos relacionados ao Tribunal do Júri são raros nos Estados, contudo, sob o estímulo da Unidade Nacional de Capacitação do CNMP, foram realizados dois grandes eventos sobre o Tribunal do Júri no âmbito do MP, um em 2016 (“Congresso do Júri” – Águas de Lindoia/SP) e outro em 2017 (I Encontro Nacional do Ministério Público do Tribunal do Júri – Brasília/DF).

Em poucos Ministérios Públicos existem grupos de trabalho, núcleos ou grupos de apoio que se dedicam a capacitação e apoio dos membros do MP no Tribunal do Júri, contudo não existem informações atualizadas ou mais detalhadas sobre seu funcionamento. A exceção seria o Grupo de Apoio – Tribunal do Júri do MPF, que, conforme visto, por sua estrutura e forma de atuação pode servir como modelo nacional, apesar dos Procuradores da República não possuírem a mesma experiência dos Promotores do Júri dos Ministérios Públicos estaduais. O grupo do MPF é o que parece coligar de maneira mais eficiente do trinômio “capacitação de novos membros – oficinas de trabalho para promoção da cultura do Júri – apoio institucional do órgão de execução”.

Obviamente que a criação de grupos ou núcleos do júri, que possua este formato (e não apenas a reunião de promotorias do júri) depende da vontade política de cada Procurador-Geral de Justiça em entender a complexidade e a importância do Tribunal do Júri para as promotorias de justiça e para a sociedade, para mesma forma que faria ou já fizeram com a criação de núcleos ou centros de apoio de combate à corrupção, de grupos de combate ao crime organizado ou de promotorias de justiça de defesa de interesses metaindividuais. Afinal, a vida das pessoas depende de iniciativas mais inteligentes por parte das autoridades públicas.

III. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

O promotor do júri deve assumir o protagonismo no combate aos crimes de homicídio, pois é sua missão constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entre os quais a *vida* e a *segurança pública*; e, atualmente, o homicídio é o principal crime que preocupa a sociedade brasileira. O Ministério Público brasileiro poderia adotar um modelo nacional de capacitação e apoio para as Promotorias de Justiça do Tribunal do Júri que contemple: 1) Cursos de formação para novos membros; 2) Oficinas de trabalho para a promoção do Tribunal do Júri; e 3) Grupo de apoio ao Tribunal do Júri (Gatj), Núcleo do Júri (NJ) ou Grupo de Trabalho do Júri (GTJ), fazendo o auxílio de colegas na preparação para o julgamento pelo júri e na execução do planejamento em plenário (com apoio de analistas e estagiários), inclusive por videoconferência. O modelo nacional de capacitação e apoio poderia ainda estimular que as Promotorias do Júri realizem o trabalho sob as seguintes premissas: 1) Prevenção (atuação *pró-ativa*) – intervenção em políticas públicas de segurança pública (controle externo da atividade policial na forma *pró-ativa*, em que fosse possível transformar dados em inteligência na consecução de resultados positivos); e 2) Ação (atuação *reativa*) – atendimento integral à vítima sobrevivente e à família (atuação em rede) e planejamento da estratégia de atuação do inquirido ao plenário.

IV. REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **1ª Turma do Módulo Avançado**. Disponível em <http://www.emougnot.com/arquivos/pdf/2017_impresso_1turma_avancado_exclusiva_mp.pdf> Acesso em 14 jul. 2017.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* Atlas da Violência 2017. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2017/>> acesso em 14/07/2017. Junho de 2017.

CONFRARIA DO JÚRI. **O que é a Confraria do Júri?**. Disponível em <http://www.confrariadojuri.com.br/principal/artigos_view2.asp?cod=1>. Acesso em 14 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO(a). **Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público e MP/SP realizam o Congresso do Júri**. Disponível em <<http://www.cnpm.mp.br/portal/todas-as-noticias/9732-unidade-nacional-de-capacitacao-do-ministerio-publico-e-mp-sp-realizam-o-congresso-do-juri>> Acesso em 14 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO(b). **UNCMP/CNMP realiza o I Encontro Nacional do MP do Tribunal do Júri**. Disponível em <<http://www.cnpm.mp.br/portal/todas-as-noticias/10295-uncmp-cnpm-realiza-o-i-encontro-nacional-de-capacitacao-do-mp-do-tribunal-do-juri>> Acesso em 14 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mês Nacional do Júri realiza mais de 2.900 julgamentos no país**. <Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84128-mes-nacional-do-juri-realiza-mais-de-2-900-julgamentos-no-pais>>. Acesso em 14 jul. 2017)

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Edital Esmpu n. 04/2016**. Disponível em <<https://escola.mpu.mp.br/selecao/exibirEdital/idEdital/10653>> Acesso em 14 jul. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

LIMA, Renato Sérgio de *et al.* **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>>. Data de acesso: 14/07/2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ACRE. **Resolução 004/2016**. Disponível em <<http://ceaf.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-04-2016-Aprova-programa-curricular-do-I-Curso-de-Forma%C3%A7%C3%A3o-membros-MPAC.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA. **Núcleo do Júri – NUJ**. Disponível em <<https://www.mpba.mp.br/area/criminal/nuj>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ(a). **CAOCRIM/Área de atuação/ Júri**. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/cao-crim/areas-de-atuacao/juri/>>. Acesso em 14. jul 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ(b). **Comitê de Governança do Projeto “Tempo de Justiça” é lançado como parte do Ceará Pacífico**. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/2016/11/11/comite-de-governanca-do-projeto-tempo-de-justica-e-lancado-como-parte-do-ceara-pacifico>>. Acesso em 14. jul 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ(b). **Programa Tempo de Justiça**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=jpbAvahZUy8>>. Acesso em 14. jul 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Tribunal do Júri: Uma lição de vida**. Disponível em <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdf-menu/programas-e-projetos-menu/tribunal-do-jri-uma-lio-de-vida-mainmenu-414>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Gatj**. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/grupo-de-apoio-ao-tribunal-do-juri-1>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS(a). **MP-GO cria o Núcleo das Promotorias do Júri da Capital para integrar atuação da área**. Disponível em <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-go-cria-o-nucleo-das-promotorias-do-juri-da-capital-para-integrar-atuacao-da-area--2#.WI372vKLVJo>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS(b). Atuação do MP na persecução penal em casos de crimes contra a vida é detalhada em minicurso. Disponível em <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/atuacao-do-mp-na-persecucao-penal-em-casos-de-crimes-contra-a-vida-e-detalhada-em-minicurso#.WXZB4FGQyUI>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO. Núcleo Tribunal do Júri. Disponível em <<https://www.mpma.mp.br/index.php/caopcrim-juri>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO. Ato Normativo Conjunto nº 039/2015- PGJ/CGMP. Disponível em <<https://www.mpmt.mp.br/imprime.php?cid=66783&sid=73>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Curso sobre atuação no Tribunal do Júri. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1694>> Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. MPPE cria Grupo de Trabalho para auxiliar promotores de Justiça no Tribunal do Júri. Notícia de 28/10/2015. Disponível em <<http://mppe.mp.br/mppe/index.php/comunicacao/noticias/ultimas-noticias-noticias/5041-mppe-cria-grupo-de-trabalho-para-auxiliar-promotores-de-justica-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PIAUÍ(a). Resolução CPJ/PI nº 07/2015. Disponível em [http://www.mppi.mp.br/internet/attachments/article/4905/RESOLUC%CC%A7A%CC%83O%20CPI%20N%C2%BA%2007-2015-1%20\(1\).pdf](http://www.mppi.mp.br/internet/attachments/article/4905/RESOLUC%CC%A7A%CC%83O%20CPI%20N%C2%BA%2007-2015-1%20(1).pdf)>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PIAUÍ(b). CEAF e APMP promovem evento de capacitação sobre atuação junto ao Tribunal do Júri. Disponível em <http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=5547:ceaf-e-apmp-promovem-evento-de-capitacao-sobre-atuacao-junto-ao-tribunal-do-juri&catid=224:internet/noticias&Itemid=804>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE. MPRN participa de Simpósio Internacional sobre Discurso Jurídico. Disponível em <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/noticias/7780-mprn-participa-de-simposio-internacional-sobre-discurso-juridico>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Curso de Júri Virtual. Disponível em <<https://www.mprs.mp.br/ceaf/noticias/id43297.htm>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA. Curso Promotoria do Júri. Disponível em <<https://www.mprr.mp.br/web/eventos/detalhe/39>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. Atos e Normas. disponível em <<https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=234>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. Curso no MP aborda atuação do Ministério Público no Tribunal do Júri. Disponível em <<http://www.mpse.mp.br/NoticiaExibir.aspx?id=8647>>. Acesso em 14 jul. 2017.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. Blog “Promotor de Justiça: na defesa da sociedade”. Disponível em <<http://promotordejus-tica.blogspot.com.br/>>. Acesso em 14 jul. 2017)

PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.) Verdade e Prova no Processo Penal: *estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

SAPORI, Luís Flávio e SOARES, Gláucio Ary Dillon. Por que Cresce a Violência no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica Editora, Editora PUC Minas, 2014.

SILVA, Cátia Aida. Justiça em Jogo: *novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: *o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VALE, Ionilton Pereira; e SANTOS, Teodoro Silva dos. O Tribunal do Júri no Contexto dos Direitos Humanos: *análise da instituição à luz das convenções internacionais de direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

*A PROVA DE HEARSAY (OUVIR DIZER)
NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI¹*

YTHALO FROTA LOUREIRO

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.
E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. INTRODUÇÃO

Em voga nos entendimentos judiciais mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem apresentado a tese de que a prova de *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) não pode constituir indício suficiente para pronúncia do acusado, na forma do art. 413 do Código de Processo Penal (CPP). Em outros termos, para o STJ, no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o juiz não pode levar em consideração as informações prestadas por *testemunha indireta*, porque a testemunha deve depor sobre o que sabe diretamente e não por informações de terceiros, em especial, quando estes não são identificados. Em suma, o testemunho indireto deveria possuir grau zero na atribuição de sentido.

Assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.373.356-BA:

HOMICÍDIO QUALIFICADO. ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL. TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER. FUNDAMENTO EXCLUSIVO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. INVIABILIDADE. O ponto nodal da discussão cinge-se à possibilidade de a pronúncia ser fundamentada exclusivamente em elemento informativo colhido na fase inquisitorial da persecução penal. Com efeito, é cediço que, muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em prova colhida na fase inquisitorial, mormente quando essa prova se encontra isolada nos autos. É verdade que alguns julgados proferidos pela Quinta e Sexta Turmas deste Superior Tribunal, denotam a orientação de que, muito embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à decisão de pronúncia (v.g. HC n. 314.454-SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T, DJe 17/2/2017; AgRg no REsp 1.582.122-RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T, DJe 13/6/2016). Entretanto, essa orientação não se aplica à hipótese em que testemunhos produzidos na fase judicial não apontem os acusados como autores do delito e os depoimentos colhidos na fase inquisitorial sejam “relatos baseados em testemunho por ouvir dizer”. Sobre a temática – já enfrentada na oportunidade em que apreciado o REsp 1.444.372-RS, DJe 25/2/2016 – vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, doutrina aponta que “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.” (Hélio Tornaghi). A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo. Assim, a submissão do réu a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual haja sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes. (REsp 1.373.356-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017)

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) tem adotado o mesmo entendimento do STJ, expressando a justificação de forma mais contextualizada desde a *ementa*. Por exemplo, no Processo nº 0001146-15.2015.8.06.0000 (Recurso em Sentido Estrito / Homicídio Qualificado Relator(a): LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES; Comarca: Aquiraz; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 19/02/2016; Data de registro: 22/02/2016), o TJCE afirmou que, no caso concreto:

[...] a pronúncia se valeu de mera presunção e suposições sobre a autoria, posto que a responsabilização feita aos pronunciados se baseia em presunções construídas a partir de boatos e ‘disse que me disse’ que invadiu a narrativa das pessoas da comunidade, porém ficaram pendentes de amparo probatório material, de indícios outros que solidificassem a tese acusatória. [...] Os depoimentos colhidos durante a instrução criminal, bem como as declarações prestadas em sede de Inquérito Policial, não oferecem indícios capazes de alicerçar a pronúncia dos recorrentes, uma vez que se estampam frágeis, incongruentes e inconsistentes. [...] (TJCE, Processo nº 0001146-15.2015.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, julgado em 19/02/2016)

Da mesma forma, no Processo nº 0001312-47.2015.8.06.0000 (Recurso em Sentido Estrito. Relator(a): RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, 3ª Câmara Criminal, julgado em 01/11/2016, DJe de 07/11/2016, pág. 154), o TJCE afirmou que

[...] A versão dos fatos narrada na peça acusatória baseou-se tão somente na declaração de testemunhas, que assim o souberam por ouvir dizer, em razão de mensagens anônimas, no entanto não há nos autos qualquer indício de prova apontando o recorrente como autor do delito imputado, não se afigurando possível o juízo de pronúncia. [...]. (TJCE, Processo nº 0001312-47.2015.8.06.0000, 3ª Câmara Criminal, julgado em 01/11/2016)

O entendimento do STJ, aparentemente acolhido pelo TJCE, vem gerando debates intensos entre os operadores do direito. Não são raras as ocasiões em que a defesa do acusado, afirmam aos jurados que determinado processo sequer deveria ser submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri porque a acusação se baseia em testemunhas de “ouvir dizer” (ainda que a afirmação não passe de um estratagema relativista e reducionista, próprio do processo argumentativo). Na verdade, pouco se sabe como, de fato, deve ser interpretado o entendimento do STJ que rechaça a prova indireta.

Isto porque não há norma jurídica que torne a prova de *hearsay* ilegal, tal como seriam as informações oriundas de perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (art. 212, *caput* do CPP). Existe apenas recomendação de alguns, como Lopes Júnior (2015), de que “Testemunho ‘hearsay’ não é prova ilícita, mas deve ser evitada”. Também não existe norma jurídica que impeça a utilização de prova de *hearsay* e a recomendação de que a mesma seja evitada é tão enigmática quanto inútil. Isto porque é possível sustentar que a prova de “ouvir dizer”, por muitas vezes, é a única que se apresenta dentro da realidade processual possível, obtida por esforços razoáveis, e não deixa de ter garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade sobre fatos relevantes. Ademais, se o que serve para acusação, também serve para defesa, a prova indireta produzida em favor do acusado não poderia servir para formação do convencimento, fragilizando a plenitude de defesa.

O presente trabalho visa demonstrar como deve ser interpretada a orientação do STJ e até que ponto pode influenciar na decisão dos juízes e no trabalho da polícia e do Ministério Público.

II. PREMISSAS NECESSÁRIAS

Os crimes de homicídio são sempre infames, alguns são perversos e monstruosos. Como sentenciou Hungria (1953, p. 25), “O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. [...] É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.” Não é sem razão que Hart (2009, p. 251) defende que a proibição do uso da violência que causa a morte está entre as primeiras exigências comuns do direito e da moral. Assim, não há possibilidade de vida social ou de convivência sem a proibição moral e jurídica do homicídio e da consequente punição daqueles que violam o preceito básico “não matarás”.

Os atuais ordenamentos jurídicos estão estritamente ligados ao surgimento do Estado moderno, que, segundo Bobbio (2014, p. p. 33), promoveu a *monopolização da produção jurídica*, eliminando outros ordenamentos jurídicos, inclusive aqueles que estabeleciam vinganças privadas. Deste modo, cabe ao Estado a tarefa de punir aqueles que violam o direito, através do *devido processo legal adjetivo*, como garantia a proibição de excessos estatais que, por sua vez, não pode gerar uma *proteção deficiente* a direitos e deveres.

Em Dworkin (2014, p. 291), o direito como integridade se apresenta como um “conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo”. A integridade da concepção de *devido processo legal adjetivo*, em Dworkin (2014, p. 203), exige que “[...] sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.” Assim, há razões bem fundamentas para acreditar que aquele que “aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.” (DWORKIN, 2014, p. 305)

Em outros termos, como pensa Dworkin (2014, p. 488), se o “direito é um conceito interpretativo”, no qual há uma única resposta correta para cada caso, sendo injustificável a necessidade de um juiz decidir discricionariamente (como assim interpreta Streck, 2016, p. 134), existem fortes razões para entender que cabe ao juiz decidir de forma a garantir que a interpretação deve ser justa, equitativa e obediente aos procedimentos previamente devidos pelo poder legislativo e fielmente executados pelo judiciário, dentro de uma interpretação razoável, de modo que, no caso do homicídio, o pilar básico da convivência social não seja fragilizado.

Neste sentido, como quem ressaltou Streck (2016, p. 94), o “juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo com regras próprias, mas sim, o jogo da discricionariedade do juiz.” Nesta quadra, o juiz não pode promover *grau zero* na atribuição de sentidos. As regras básicas do CPP quanto a valoração da prova testemunha indica que não há como atribuir *grau zero* à prova testemunha indireta. Determina o art. 202, do CPP, qualquer pessoa pode ser

testemunha, com as exceções previstas nos arts. 206 (parentes próximos do acusado) e 207 (pessoas obrigadas a guardar segredo), e com as limitações do art. 208 (dispensa de compromisso de dizer a verdade aos doentes, deficientes mentais e menores de 14 anos), do CPP. Como já visto, dita o art. 212, *caput*, do CPP, as testemunhas serão diretamente inquiridas pelas partes (em *cross-examination*), “não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” O art. 213, do CPP, veda que “a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Não há regra jurídica no capítulo dedicado às testemunhas que impeça a valoração do testemunho indireto.

Portanto, não é verdade que a testemunha somente pode declarar sobre o que sabe *per proprium sensum*, mas, como determina o art. 203, do CPP, a testemunha deve cumprir “[...] a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado [...]”, incluindo-se informações obtidas direta ou indiretamente. Ensina Bobbio (2014, p. 132-133) que “[...] na esfera da regulamentação da autonomia privada vale o postulado de que tudo é permitido exceto o que é proibido, enquanto na esfera da regulamentação dos órgãos públicos vale o postulado oposto, tudo é proibido exceto o que é expressamente permitido.” A meu ver, o entendimento do STJ que atribui grau zero ao testemunho indireto viola este postulado, ou melhor, o princípio constitucional da legalidade estrita que impede que agente público inove na interpretação da lei ao ponto de incluir proibições não previstas expressamente na lei processual penal. Seria como se à expressão legal “dizer a verdade do que souber” fosse acrescentada a palavra “diretamente”, para satisfazer um sistema de valores, uma política judiciária e não, propriamente, um argumento de princípios.

III. O ARGUMENTO DE VIOLAÇÃO DE CONTRADITÓRIO E O *HEARSAY RULE* NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

Como se sabe, determina o art. 413, do Código de Processo Penal (CPP) que “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” Esta regra deve ser combinada com o que dispõe o art. 155, do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Daí se deduz o argumento mais forma em favor da imprestabilidade do testemunho indireto: a ausência de possibilidade de contraditório quando a fonte da informação não é identificada. Ainda assim, é preciso contextualizar as circunstâncias de caso a caso para que se conclua se o testemunho indireto é, de fato, imprestável.

No relatório do REsp 1.373.356-BA, fica esclarecido que “os únicos testemunhos judiciais produzidos não apontam os recorrentes como autores do delito.” (STJ, REsp 1.373.356-BA, *relatório*, p. 7) Na verdade, o Tribunal estadual destacou que “mesmo os depoimentos produzidos na fase inquisitorial são ‘relatos baseados em testemunho por ouvir dizer, [...] que não amparam a autoria para efeito de pronunciar os denunciados’ (STJ, REsp 1.373.356-BA, *relatório*, p. 7). Em outro termos, o tribunal considerou que os elementos de prova do inquérito policial não eram suficientes para a sustentar a acusação, pois era baseada em “relatos por ouvir dizer”.

Por sua vez, no voto, o relator Ministro Rogério Schietti Cruz explicou que o testemunho indireto é prova pouco confiável porque impossibilita o acusado refutar, com eficácia, as informações prestadas pela testemunha, quando esta não indica “a fonte direta da informação trazida em juízo”. Citando Tornaghi (1959, p. 461) e Manzini (1932, p. 189), e argumentando que o Estado Democrático de Direito não pode admitir “ausência de qualidade probatória no contraditório”, o STJ tem atribuído valor zero à prova testemunha de “ouvir dizer”.

Mas qual será a consequência mais imediata desta tese? A princípio, quaisquer relatos indiretos não teriam valor probatório, inclusive os produzidos por órgãos oficiais. Como afirmam Vale e Santos (2017, p. 154):

[...] a abolição da regra do “ouvir dizer” teria como consequência tornar inadmissível em matéria de prova, uma grande variedade de escritos: relatórios policiais, registros médicos e hospitalares, livros comerciais, transcrições estenográficas de audiências, atas, declarações escritas das partes ou de terceiros (inclusive técnicos, etc.)” (VALE e SANTOS, 2017, p. 154)

É bem verdade que no direito norte-americano vale a regra que a prova de ouvir dizer não é admissível. Como destacam Vale e Santos (2017, p. 155), “No direito americano vale (...) o princípio *hearsay is no evidence*.” Contudo, deve-se ressaltar que, a regra é própria do direito anglo-americano. No direito dos países continentais da Europa e na América Latina, cujo sistema probatório é o do *civil law*, não há regra *contraepistêmica* que proíba o depoimento indireto.

A “importação” de regras probatórias de países do *common law* não é novidade no Brasil, contudo, é preciso ressaltar que os contextos jurídico, político e social de outros países são diferentes, de modo que, da aplicação de preceitos jurídicos originalmente estrangeiros, não se pode esperar os mesmos resultados. Como por exemplo, a regra de *cross-examination*, originária do sistema anglo-americano, adotada na reforma processual brasileira do ano de 2008 (art. 212, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008), não afastou a prerrogativa do juiz em complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, do CPP). Por sua vez, no direito anglo-americano, em regra, o juiz assume o papel semelhante a um árbitro na disputa entre as partes, pois o objetivo da inquirição cruzada não é propriamente a extração da verdade, mas a imposição da versão defendida pela parte, destruindo ou massacrando a testemunha adversária. Este método de resolução de conflitos, normalmente denominado de *adversary system*, é próprio da cultura norte-americana, baseada na “*sporting theory of justice*: como em uma competição esportiva, é o confronto entre os competidores que determina o êxito da partida, estabelecendo quem é o vencedor”. (TARUFFO, 2016, p. 132)

Da outra forma, faz-se necessário evidenciar como se dá a proibição do *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) na prática judiciária anglo-americano para descobrir como seria aplicável no direito brasileiro, seja a nível legislativo ou judiciário, invés de basear todo o conjunto da ideia em uma doutrina tão antiga como os escritos de Tornaghi (1959) e Manzini (1932).

No direito norte-americano, a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América assegura que o acusado terá direito de ser “[...] de ser informado da natureza e da causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas da acusação; de fazer citar por todas as vias legais testemunhas a seu favor, e de ter assistência de um advogado para sua defesa.” (Lourenço, 2017) O direito de confrontar as testemunhas de acusação é próprio do princípio ao contraditório, portanto, em regra, não se admitem testemunhos indiretos. E se tratando de um País, cuja prática judiciária se assemelha a uma *competição esportiva*, em que o juiz mantém uma posição de passividade idêntica a um árbitro, é muito natural que haja uma regra severa contra provas indiretas.

Nas *Federal Rules of Evidence* (Regras Federais de Evidências) do direito norte-americano, o conceito de *hearsay* não se restringe a testemunhos, mas também à “[...] afirmação oral de uma pessoa, afirmação escrita ou conduta não-verbal, se a pessoa a pretendeu como uma afirmação [...]” (*Rule 801*, tradução nossa). É preciso deixar claro que, o direito norte-americano admite uma lista extensa de exceções nas denominadas *Rules 803, 804 e 807 do Article VIII, das Federal Rules of Evidence*.

Na *Rule 803* estão dispostas as exceções relacionadas às declarações realizadas em documentos. Entre as quais destacam-se: a) escritos médicos com indicação de diagnóstico ou de tratamento médico; b) gravações cujo conteúdo a testemunha uma vez soube, mas agora não pode recordar bem o suficiente para testemunhas de forma completa e precisa; c) o registro escrito de um ato, evento, condição ou diagnóstico transmitido por alguém com conhecimento.

Por sua vez, a *Rule 804* é ligada especificamente à *hearsay* da maneira que entende o STJ (testemunha de “ouvir dizer”). Dispõe a *Rule 804* especificamente sobre o denominado “declarante indisponível” (tradução nossa), afirmando que são exceções à regra de *hearsay* quando o declarante: a) é isento de depor sobre o assunto da declaração por determinação judicial; b) recusa-se a depor sobre o assunto, apesar de uma ordem judicial o obrigando a depor; c) atesta não recordar o assunto; d) não pode estar presente ou testemunhar no julgamento ou audiência por causa da morte ou uma enfermidade então existente, doença física, ou doença mental; e) está ausente do julgamento ou oitiva e a parte não foi capaz, por processo ou outros meios razoáveis, de apresentar a testemunha.

Por fim, a *Rule 807* dispõe sobre regras residuais, estabelecendo que:

[...] sob as seguintes circunstâncias, uma declaração de *hearsay* não é excluída pela regra contra *hearsay*, mesmo que a declaração não é especificamente coberta por uma exceção de *hearsay* na regra 803 ou 804:

- (1) a declaração tem garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade;
- (2) é oferecida como prova de um fato relevante;
- (3) é mais probatório sobre o ponto para o qual é oferecido do que qualquer outra evidência que o proponente pode obter através de esforços razoáveis; e
- (4) admitindo que será melhor servir os propósitos dessas regras e os interesses da justiça. [...] (tradução nossa)

Ainda é previsto na *Rule 807* que “A declaração só é admissível se, antes do julgamento ou oitiva, o proponente der um aviso razoável a parte adversária da intenção de oferecer a declaração e as suas indicações, incluindo o nome e o endereço do declarante, de modo a que a parte tenha uma oportunidade justa de o conhecer.” (tradução nossa) Assim, assegura-se o exercício do contraditório.

Por sua vez, ao comentarem sobre a proibição de testemunhas de referências ou *Hearsay Rule*, no direito inglês, Vale e Santos (2017) destacam que:

Algumas exceções se admitem para este tipo de prova na Inglaterra: a) admissão ou confissão dos fatos pelo imputado, desde que não lhe sejam prejudiciais (art.º 10, *Criminal Justice act*, 1967); b) documentos ou certificados emitidos por funcionários no exercício do seu cargo, e que constam determinados direitos como nascimento, estado civil, profissão, etc.; c) a confissão do imputado sobre o fato delituoso prestado na fase de instrução do processo, desde que plenamente voluntária (art.º 76, *Police and Criminal Evidence act* 1984); d) nos delitos contra a vida, a manifestação da vítima, antes de morrer; e) as declarações escritas efetuadas no cumprimento de um dever por pessoas já falecidas; f) a manifestação espontânea de pessoas que se viram envolvidas no fato delituoso, mas que estão impossibilitadas de prestar depoimento (doença, invalidez, etc.) (VALE e SANTOS, 2017, p. 155).

Assim, vê-se, sem nenhuma dificuldade, que a extensa lista de exceções a proibição do *hearsay*, nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra – ignorada no REsp 1.373.356-BA – deve reconduzir o assunto à patamares menos ideológicos. Taruffo (2016) sentenciou sobre o assunto:

A *hearsay rule* prevê a exclusão de provas <<de segunda mão>>, ou de <<ouvir dizer>>: a hipótese principal é a do testemunho de *relato*, em que a testemunha refere a fatos que não percebeu pessoalmente, mas que foram narrados a ela por outra pessoa. Sobre essa regra foram das diversas explicações, que podem ser sinteticamente reduzidas a duas: de uma parte sustenta-se que a exclusão das provas *hearsay* tem o fim de evitar que o júri tenha que estabelecer a eficácia probatória de uma testemunha sem ter condições de valorar diretamente a credibilidade da testemunha original, de outra parte, frisa-se que a norma tem como escopo impedir que sejam obtidos testemunhos a respeito dos quais a contraparte não tem a possibilidade de submeter à verificação a credibilidade da testemunha original, por não ter a oportunidade de submetê-la à *cross-examination*. (...) Isso não significa que os legisladores de *civil law* não compreendam a delicadeza de uma valoração adequada da eficácia dessas provas: esses confiam, na verdade, na capacidade do juiz distinguir o valor de um testemunho indireto do de um testemunho direto.” (TARUFFO, 2016, p. 175-176).

Na prática judiciária brasileira, a questão da proibição de *hearsay testimony* chegou ao Supremo Tribunal Federal através do *Habeas Corpus* (HC) nº 81172, que acabou sendo negado. Eis a ementa:

[...] 1. Habeas corpus. Ação Penal. Art. 12 da Lei nº 6.368/76. Sentença condenatória. Valoração da prova. Chamada de co-réu. Hearsay. Policiais que, no flagrante, ouviram dos co-réus menção ao paciente, que seria o dirigente da organização criminosa de que participavam. 2. Preliminar de não conhecimento rejeitada, pois, embora seja este o 12º remédio processual utilizado em favor do paciente, é esta a primeira vez em que deduzida tal argumentação perante esta Corte. 3. Existência de inúmeras decisões judiciais, antecedentes ao presente pedido, que ou consideraram que a prova foi bem avaliada ou que sua revisão é inviável em sede de habeas corpus. Para que a Turma pudesse contraditar o quanto foi decidido no *writ* contra cuja decisão se dirige esta impetração, deveria debruçar-se sobre o conjunto probatório, em extensão que se não coaduna com o remédio heróico. Precedentes desta Corte nesse sentido: HC nº 81.018, Ilmar Galvão; 80.944, Moreira; 81.485, Néri; 80.883, Velloso; 80.558, Jobim; 80.199, Celso; 75.189, Maurício; 80.708, Marco Aurélio. Pedido conhecido mas indeferido. (HC 81172, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 11/06/2002, DJe 07/03/2003)

No caso acima, tratava-se de crime de tráfico de drogas em que o paciente alegava a falta de valor jurídico no testemunho indireto de policiais, que tomaram conhecimento da prática delitiva por terceiros. O argumento havia sido rechaçado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, o HC 81172 era reprodução de outros idênticos, julgados e denegados. Na discussão do HC 81172, a Ministra Ellen Gracie pediu vistas do processo, ressaltando o seguinte:

[...] Sr. Presidente, ouvi com toda a atenção a brilhante aula do nosso eminente Colega Ministro Sepúlveda Pertence.

Creio ser irretocável a posição de S. Exa., com base em doutrina nacional e estrangeira, a respeito do valor probante que se deve dar ou melhor, que se não deve dar ao “hear say”. No entanto, tenho dificuldades em conciliar a conclusão de S. Exa. com aquilo que se conhece da realidade, relativamente ao organograma e cadeias de comando do tráfico, especialmente o de entorpecentes, quando se sabe que determinados territórios pertencem a alguém. É de conhecimento público e notório que “fulano de tal” é chefe do tráfico na “parada” de Lucas, outro na favela “tal”, e outro na favela “qual”. [...] (HC 81172, *vista*, p. 261)

Assim, como bem ressaltou a Ministra Ellen Gracie, a proibição de testemunho indireto ou de ouvi falar poderia se chocar com as mais elementares disposições da realidade, pois, por muitas vezes, a prova indireta é a única apurável e, ainda assim, não é menos confiável. Em outros termos, deixar de valorar o testemunho indireto seria o mesmo de ignorar o dever do Poder Judiciário de apreciar o *direito de ação*, constitucionalmente assegurado como o sentido básico de acesso ao judiciário. Como visto, nem mesmo no direito anglo-americano, a prova indireta é completamente rechaçada ao nível de omissão que expressa o STJ no REsp 1.373.356-BA.

Em verdade, na ausência de regras jurídicas sobre o que se deve considerar *hearsay*, como faz o direito anglo-americano, seria melhor o STJ abandonar a tese da proibição absoluta do testemunho indireto para retomar a tese doutrinária e jurisprudencial da pronúncia e da impronúncia, na qual determina que a prova deve ser avaliada caso a caso, sem *dogmatismos* explícitos. Vide os seguintes julgados:

[...] 1. A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri, juiz natural da causa. 2. Não devem seguir a Júri os casos rasos em provas, fadados ao insucesso, merecedores de um fim, desde logo. 3. Na hipótese, o Tribunal a quo afirmou categoricamente que “a prova trazida ao grampo dos autos é manifestamente insuficiente”. (AgRg no REsp 1511299/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

[...] 1. Embora vigore, na fase de pronúncia, o princípio do *in dubio pro societate*, a incidência do postulado não afasta a necessidade de indícios mínimos de autoria para que haja a pronúncia. 2. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu não haver indícios suficientes da autoria, razão pela qual impronunciou o ora agravado. 3. Entender de forma diversa, como pretendido, demandaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1595643/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016)

[...] 1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório. 2. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que pronunciou o acusado diante dos indícios suficientes de autoria, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 710.729/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

Este é mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal que, reiteradamente tem decidido que “A decisão de pronúncia qualifica-se como ato jurisdicional que se limita a empreender mero juízo de admissibilidade da acusação.” (HC 124232, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe-196 de 13-09-2016, publicado em 14-09-2016). O entendimento deixa íntegra a possibilidade do juiz atribuir o grau de valor que entender necessário a prova indireta, dentro da perspectiva que a sentença de pronúncia não encerra um juízo de certeza, mas apenas um juízo de admissibilidade da acusação, dentro da esfera da probabilidade lógica ou da verossimilhança. Isto porque não se pode perder de vista que caberá ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal).

Talvez, a preocupação em estabelecer uma regra de proibição do *hearsay testimony* deva-se muito mais ao receio de que os jurados julguem com base em depoimentos indiretos e, neste caso, a única solução seria simplesmente impedir o julgamento para suposta preservação de direitos fundamentais. Em verdade, muitos são os fatores que influenciam a decisão no júri, desde uma argumentação mal executada até uma (in)disposição emocional dos jurados. É impossível descobrir as razões pelas quais os jurados decidiram. Não é incomum que as pessoas pensem que é mais razoável ter receio de um processo judicial decido pelos jurados do que um resolvido por um juiz profissional, eis a nota de imprevisibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na verdade, Dworkin (2014, pág. 3) entende que o processo judicial sempre sofre deste problema:

“Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juizes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. [...] “A diferença entre dignidade ou ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.” (DWORKIN, 2014, pág. 3)

Por outro lado, como explica GADAMER (2013, pág. 433), a “ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” Da mesma forma, Streck (2014, p. 363) defende que a hermenêutica não pode ser relativista, discricionária ou arbitrária, ao sustentar que:

[...] a interpretação do direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermenêuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E registre-se a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete. (STRECK, 2014, p. 363)

Neste sentido, Dworkin (2016, p. 263-264) recomendou: “Não digam aos juízes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Eles querem saber como entender essa lei enquanto direito, como decidir, e a partir de qual fonte, de que modo a liberdade e a igualdade passaram a ser vistas em nossos dias, não apenas como ideais políticos, mas também como direitos jurídicos”. Assim, é preciso convencer os jurados de que o poder de decidir sem fundamentar não deve ser confundido com arbitrariedade. Pelo contrário, se preferirem decidir conforme a prova dos autos, suas consciências e os ditames da justiça, os jurados correm o risco de se tornarem bem mais interessantes e a decisão mais sábia e justa.

Assim, é injustificado o medo de que os jurados decidam sobre prova indireta, pois esta atribuição faz parte da prática judiciária dos ordenamentos jurídicos modernos de base democrática. Quando se impõe uma proibição aparentemente generalizada ao testemunho indireto, ao ponto de atribuí-lo grau zero de valor jurídico, a título de preservação de direitos fundamentais, acaba por gerar também a fragilização do dever proibição de proteção deficiente; e da competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri.

Melhor explicando: simplesmente determinar a invalidade jurídica de testemunhos indiretos poderia se chocar com a realidade na qual, para certos casos de homicídio, somente é possível obter informações de autoria através de testemunhos indiretos, que apesar disto, possuem garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade; é oferecida como prova de um fato relevante; é mais probatório sobre o ponto para o qual é oferecido do que qualquer outra evidência que o proponente pode obter através de esforços razoáveis; e que sua admissão melhor serve aos propósitos dos interesses da justiça. Por óbvio, esta avaliação passa por um esforço mental do jurado, visando assegurar um balanço justo do conjunto probatório. Se cabe ao juiz se convencer da existência de indícios razoáveis de autoria para submeter o caso ao Tribunal do Júri, sem encerrar um juízo de certeza somente cabível em sede de julgamento, cabe aos jurados avaliar a prova da culpabilidade do imputado além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*), ao nível do juízo de verdade objetiva, e não propriamente de certeza. Como bem ressaltou Popper (2006, p. 17), “O que os jurados têm de fazer é julgar se o caso que lhes apresenta é ainda um caso de dúvida ou não. Quem já foi jurado compreenderá que a verdade é algo objetivo, e a certeza, algo subjetivo. Isso se exprime com máxima clareza na situação do júri.” Quando se trata de prova indireta, não cabe o juízo de certeza, mas a busca pela *verdade provável*, livre, o quanto possível, dos defeitos para evitar o erro judiciário.

De outro modo, se a intenção de proibir o *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) é assegurar melhor qualidade na produção probatória durante a investigação criminal e a instrução judicial preliminar, o STJ se equivocou, pois, como dito, não há regra jurídica que torne ilegal o depoimento indireto. Por outro lado, o testemunho indireto jamais terá o mesmo valor probatório do testemunho direto ou mesmo de um prova pericial, cuja confiabilidade supera qualquer prova testemunhal. Certo que a polícia e o Ministério Público, bem como o magistrado e a defesa dos acusados, precisam, na medida de suas atribuições e competências, perseguir a *verdade provável*, colaborando para a produção de provas em respeito a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo.

Eis o principal risco que o entendimento expresso no REsp 1.373.356-BA pode gerar: uma *interpretação mecanicista* do direito. A dogmática do tipo “o depoimento da testemunha indireta não deveria ser levado em conta”, sem que se saibam ou se levem em conta as particularidades de cada caso, pode gerar riscos insanáveis à promoção da justiça como correspondência da realidade, sacrificando-a para justificar uma justiça pragmática ou de conveniências, a serviço de interesses mesquinhos e descompromissados com a democracia. Como bem ressaltou Bobbio:

A teoria mecanicista da interpretação foi abandonada quase por todos. O próprio Kelsen deu o bom o exemplo. E, a julgar pelo interesse suscitado na Itália nos últimos anos, na cidadela antes inexpugnável dos juristas pelas teorias da jurisprudência sociológica e pela discussão em torno dos juízos de valor na decisão judiciária, é preciso reconhecer que Carnelutti tinha razão quando, há algum tempo, já vinha repetindo que finalmente se descobriu, também entre nós, que o momento decisivo da vida do direito é o julgamento. (BOBBIO, 2016, p. 147-148)

A recomendação de que a prova testemunhal indireta deveria ser evitada ou declarada de grau nulo em termos de valoração probatória em nada colabora para o debate, pois simplesmente ignora que nem toda experiência humana pode ser deduzida em apenas uma única regra, que, na prática inviabilizaria a apreciação do conjunto probatório pelos juízes e pelo corpo de jurados. Ora, como afirmou Dworkin (2014, p. 492), o direito é “uma atitude interpretativa e autoreflexiva [...] A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.”

III. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

O *standard* probatório da prova de *hearsay* ou de ouvir dizer, entendido como o grau de convencimento exigido para a decisão, é de competência exclusiva do Tribunal Júri, não cabendo ao magistrado decidir se a prova indireta é mais ou menos válida ou eficaz, mas, apenas se estar convencido sobre a existência de indícios suficientes, conforme o conjunto probatório dos autos, para submeter o réu a julgamento pelo juiz natural, o Tribunal do Júri, em grau de fundada probabilidade, que é diversa do juízo da *decisão de mérito*, que julga ao nível da *certeza além da dúvida razoável*. Quando o Superior Tribunal de Justiça estabelece (como faz no REsp 1.373.356-BA, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017) que a prova indireta é imprestável como indicio suficiente para pronúncia, com inspiração do princípio “*hearsay is no evidence*”, despreza a extensa lista de exceções às regras do *hearsay* previstas no direito anglo-americano; e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal no sentido de “a pronúncia qualifica-se como ato jurisdicional que se limita a empreender mero juízo de admissibilidade da acusação” (HC 124232, julgado em 26/04/2016, DJe-196 de 13/09/2016), acabando por subtrair, de forma precipitada e temerária, o julgamento do processo pelo Tribunal do Júri, na medida que se recusa a valorar a prova indireta, em prejuízo aos princípios constitucionais da *legalidade*, do *direito de ação* e do *devido processo legal adjetivo* (art. 5º, incisos II, XXXIV e LIV, da Constituição Federal de 1988).

IV. REFERÊNCIAS

LOPES JÚNIOR, Aury. **Testemunho “hearsay” não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Consultor Jurídico. Colunistas. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>>. Acesso em 14 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. Trad. Ariani Bueno Studatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.

_____. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, Instituto Noberto Bobbio, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE: *Federal Rules of Evidence. ARTICLE VIII. HEARSAY*. <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/article_VIII> Acesso em 11/07/2017.

LOURENÇO, Paulo. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Direito Brasil publicações. <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2017.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. v. 3. Turim: UTET, 1932.

PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.) **Verdade e Prova no Processo Penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2016

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VALE, Ionilton Pereira; e SANTOS, Teodoro Silva dos. **O Tribunal do Júri no Contexto dos Direitos Humanos: análise da instituição à luz das convenções internacionais de direitos humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

II - ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADA

*A EFETIVIDADE DOS TERMOS DE
AJUSTAMENTO DE CONDOTA E A
IMPORTÂNCIA DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE
NA AMAZÔNIA LEGAL ¹*

ADRIANA PASSOS FERREIRA^I

LOUISE REJANE DE ARAÚJO SILVA^{II}

GRUCHENKA OLIVEIRA BAPTISTA FREIRE^{III}

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

I Promotora de Justiça, Titular da Comarca de Tucuruí no Estado do Pará e Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas.

II Promotora de Justiça, Titular da Comarca de Rondon do Pará no Estado do Pará e Especialista em Direito Tributário e Ciências Criminais.

III Promotora de Justiça, Titular de Cametá no Estado do Pará e Mestre em Segurança Pública.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

O Ministério Público - MP -, conforme dispositivo constitucional brasileiro (art. 127, caput), tem a missão de atuar na defesa da ordem democrática e dos direitos da coletividade. Hoje, seu reconhecimento é inconteste na defesa dos direitos fundamentais, entre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, ressaltando-se que sua atuação não se restringe a fiscalizar o cumprimento da lei, mas tem o dever de torná-la efetiva no âmbito do Estado Socioambiental de Direito.

Moreira (2004), ao tratar da legitimação do MP para atuar na área ambiental, reconhece as dificuldades diante da complexidade das atribuições ministeriais e afirma que

a função em suma, de fiscal da lei e defensor da sociedade é extensa, complexa e relevante, somente equiparável a vastidão das responsabilidades que pesam sobre os ombros dos representantes do Ministério Público, encarregado de promover e realizar – o que não é fácil e não pode prescindir de vocação e sacrifícios – vasta missão que simplesmente se escreve, com poucas palavras nos frios dispositivos legais [...] Tal mister encerra não só a obrigação do representante do Ministério Público nos processos judiciais, como fora deles, em assuntos administrativos. Razão pela qual seus representantes têm que ser dinâmicos, estando sempre prontos para intervir onde quer que haja violação (MOREIRA, 2004, p. 46).

Com enfoque em sua atuação na área ambiental, é imperioso reconhecer que a interdisciplinaridade própria do Direito Ambiental (RUBES, 1999), diante da convergência de diversas áreas do conhecimento, demanda a busca de um constante aperfeiçoamento e o reconhecimento de que a carência ou a rejeição de suporte técnico e normativo pode conduzir à ineficácia no manejo dos instrumentos de atuação.

Percebe-se que o MP tem relevante função na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo assumir a defesa dessa importante causa, com adoção de todas as cautelas normativas, técnicas, administrativas e processuais para garantir a efetividade de seus instrumentos de atuação em matéria ambiental.

Nesse sentido, Teixeira (2000, p. 15), avalia que “[...] a degradação ambiental coloca em risco direto à vida e à saúde das pessoas, individual e coletivamente consideradas, bem como a própria perpetuação da espécie humana”.

Grau (2003) ensina que é preciso muito mais para realizar a justiça do que a análise fria da lei. Segundo esse autor,

aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade [...]. Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Poder Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação (GRAU, 2003, p. 313).

Piovesan (1997) assevera que a norma do art. 5º, § 1º, da CR/88 impõe

[...] aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PIOVESAN, 1997, p. 64).

Mais do que um agente estatal da área jurídica, restrito aos conteúdos disciplinares da academia, a dinâmica ambiental exige do membro do Ministério Público a busca incessante do respeito aos aspectos normativos e técnicos interdisciplinares com a justiça social, visto que muitas soluções para questões ambientais não estão dispostas nos manuais jurídicos ou na legislação vigente; e acabam por emergir de casos concretos sem precedentes, exigindo atenção para adotar o instrumento de atuação mais eficaz aos fins dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, tornou-se imperioso refletir sobre a atuação ministerial a partir do Estado Socioambiental de Direito, que demanda um agir cada vez mais integrado, não só sob o campo de vista institucional, mas também sob o de persecução da participação social, uma vez que sucumbir a essa visão trará modificações estruturais na forma como os instrumentos jurídicos de atuação são concebidos, definidos e implementados pelo Estado, com a consciência de tratar-se de um direito fundamental, cuja tutela serve para a sobrevivência das presentes e das futuras gerações.

Leite e Ayala (2011) afirmam que

o fortalecimento do status material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equi-

librado nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes oriundos de uma sociedade de risco, e a ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado (LEITE e AYALA, 2011, p. 35-38).

Daí a necessidade de fincar e focar, para embasar atuação, nos alicerces que sustentem a concepção do Estado Socioambiental de Direito, cujo objetivo maior é buscar a harmonização entre os elementos jurídicos, sociais e políticos, para alcançar a satisfação da dignidade humana ao mesmo tempo que garanta, também, um equilíbrio na condição ambiental.

Para Canotilho (2004), são três os pressupostos essenciais para edificação do Estado de Direito Ambiental: 1) adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; 2) a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais; e 3) o agir integrativo da administração.

Observa-se, assim, que sem lançar mão de sua independência funcional, o membro do Ministério Público deve adequar sua atuação na busca da efetiva reparação ambiental. Nesse contexto, importante consideração é registrada por Rodrigues (2010), ao afirmar que

[...] é forçoso reconhecer que é difícil trilhar o equilibrado caminho da atuação séria e consistente sem sucumbir aos holofotes da mídia, ao personalíssimo exarcebado, ao messianismo pueril. Por isso, precisamos superar, dentro do possível, as referências pessoais e construir uma instituição com rotinas e normas que propiciem o efetivo exercício das relevantíssimas atribuições constitucionais, sempre dentro do princípio da proporcionalidade e razoabilidades e, observando constante diálogo, quando possível com os demais atores políticos (RODRIGUES, 2010, p. 62).

Não se trata de questionar o princípio constitucional da independência funcional do membro do MP, que assegura aos seus componentes atuação de acordo com sua convicção diante do caso concreto, mas de buscar conciliar essa atuação com o princípio da unidade, para traçar ações institucionais sistematizadas na busca do fortalecimento dessa unidade; e, havendo conflito entre princípios, deve-se ponderar diante do caso concreto para definir qual deles prevalecerá (ALEXY, 2008), de modo que os instrumentos de atuação sejam aperfeiçoados sob a ótica da unidade institucional.

A homogeneização de atuação das ações ministeriais, como é bem observado por Akaoui (2010), não implica mitigação do princípio da independência funcional dos membros do MP. Esse autor ressalta que a atuação deve ser “responsável, de modo a não permitir que o degradador ou aquele que permite a existência do risco do dano deixe de cumprir suas obrigações legais, agora estampadas no compromisso de ajustamento de conduta” (AKAOUI, 2010, p. 124).

Akaoui considera que

a atuação do Ministério Público em desacordo com o desiderato legal gera verdadeiro desconforto a toda classe, pois pode ser questionada pela própria coletividade, notadamente por meio das organizações não governamentais, quanto à sua atuação equivocada, deixa um argumento nas mãos dos degradadores no sentido de que estão sendo tratado com desigualdade por um e outro órgão da instituição (AKAOUI, 2010, p. 124).

Portanto, de maneira contributiva, sem a pretensão de esgotar as reflexões sobre a temática, o dever de proteção ambiental, ora focado no Ministério Público, demanda o reconhecimento de que seus membros devem traçar sua atuação na área ambiental com base nos três elementos de edificação do Estado Socioambiental de Direito - citados por Canotilho (2004) como corolário para fortalecer seus instrumentos de atuação, quais sejam: 1) adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; 2) a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais; e 3) o agir integrativo da administração

2.JUSTIFICATIVA

No cenário mundial, a palavra Amazônia é sinônimo de riqueza e abundância natural, atraindo a cobiça de grandes empreendimentos ávidos em explorar sua biodiversidade e seu potencial econômico. A ocupação do território amazônico desde sua origem é demarcada pela degradação do meio ambiente, com todos os reflexos oriundos do desrespeito aos direitos dos homens e da natureza, os quais suportam todas as mazelas provenientes da agressividade do capital, marcando o que Loureiro (2009, p. 39) chama de “contraste da miséria da região natural mais rica do planeta.”

Em função de privilégios fiscais concedidos pelos entes federativos, grandes empreendimentos instalam-se na Amazônia, gerando um passivo ambiental considerável, oriundo dos danos provocados por suas atividades. Em razão dessa visão

de desenvolvimento implementada pelo governo brasileiro, os Estados da Amazônia Legal, em especial os da Região Norte, foram palco da implantação de grandes projetos e atividades econômicas, dos quais se seguiram perenes danos ambientais (LOUREIRO, 2009).

Em descompasso com o avanço dos empreendimentos e com a complexidade dos danos causados, empenham-se os órgãos públicos competentes em zelar pela proteção do meio ambiente, cuja atuação ainda busca meios para potencializar a efetividade dos instrumentos de tutela ambiental. A legislação ambiental brasileira dispõe de uma série de instrumentos jurídicos hábeis à proteção ambiental, porém alguns desses instrumentos não atingem sua finalidade em razão das amarras do sistema processual e burocrático-administrativo em que estão envolvidos.

Em decorrência disso, o meio ambiente padece de danos sucessivos, não raras vezes com perdas irreversíveis, por causa do lapso temporal transcorrido entre a ocorrência da lesão e o momento da efetiva reparação determinada judicialmente. Entre os instrumentos de proteção jurídica do bem ambiental, destaca-se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, que pode ser manejado pelos órgãos ambientais responsáveis pelo controle e pela fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade do meio ambiente, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelos empreendimentos.

Dessa forma, considerando-se a importância e a finalidade desses acordos, é necessário que os Ministérios Públicos em sua atuação extrajudicial, de forma concatenada, firmem instrumentos, que de fato reflitam o dever de proteção ambiental, contemplando cláusulas que assegurem a efetiva reversão do dano ambiental, sob os aspectos da prevenção, da reparação e da compensação, prestando assim uma tutela efetiva à proteção ambiental.

3. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA TUTELAR O DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL EFETIVO

O Termo de Ajustamento de Conduta surge no período histórico da redemocratização do Brasil, como instrumento para enfrentar as demandas da sociedade de massa, na qual os novos direitos passam a ganhar relevo no cenário jurídico social, clamando solução célere para os conflitos que emergem como desafio para o poder estatal, na tutela dos direitos transindividuais.

Entre os instrumentos de proteção jurídica do bem ambiental, destaca-se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, que pode ser manejado pelos órgãos ambientais responsáveis pelo controle e pela fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade ambiental, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelo empreendimento. Assim, diante de uma ação ameaçadora ou violadora do bem ambiental, pode ser feito um acordo com vistas a evitar ou a remover a conduta reprovada.

De acordo com a CR/88, em seu art. 225, § 3º, a reparação deve ser integral, e as cláusulas constantes do ajustamento de conduta devem ter como objetivo readequar a conduta lesiva ao ordenamento jurídico vigente, delineando todas as medidas viáveis para a efetiva e integral proteção do bem ambiental tutelado. Por se tratar da tutela de um direito indisponível, o órgão tomador não pode transigir sobre a extensão do dever de prevenir ou de reparar o bem ameaçado ou violado, sendo vedada a dispensa total ou parcial dos deveres jurídicos do causador da perda.

Desse modo, o ajustamento deve corresponder à satisfatória prevenção ou à integral reparação do dano ambiental, restringindo-se assim suas cláusulas às condições de forma, tempo e lugar de seu cumprimento. O órgão tomador deve abster-se de renunciar a deveres legais contemplados no ordenamento jurídico em detrimento dos interesses da coletividade, comportando cláusulas de fazer, de não fazer, de dar ou de indenizar, necessárias para prevenir ou reparar o dano.

O Termo de Ajustamento de Conduta não pode ser imposto ao compromissário, visto que depende da prévia manifestação de vontade desse, devendo haver duas assonâncias distintas, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre a celebração do termo de ajuste, quais sejam: a do órgão público, que manifesta sua vontade não só no momento da celebração do negócio, mas também na fixação do cumprimento das obrigações; e a do compromissário, que manifesta seu acordo no sentido de comprometer-se a ajustar sua conduta às exigências da lei.

Neste contexto, a dinâmica ambiental demanda uma atuação extrajudicial do membro do Ministério Público em um novo perfil institucional, visto que, diante da primazia do direito fundamental e da iminência da violação do direito, a solução deve ser atual e efetiva para sanar a crescente degradação ambiental. O agir imediato do MP pode prevenir a eclosão de demandas judiciais futuras. Em virtude disso, o promotor de justiça deve estar sempre vigilante para as questões ambientais.

Rodrigues (2010, p. 73) chama a atenção para uma “revolução silenciosa” que ocorreu no rol da atuação ministerial com as funções realizadas fora do âmbito judicial, ressaltando que a atuação extrajudicial, muitas vezes, pode não culminar com a redação de peça judicial, mas cristalizar-se em um intenso trabalho na busca da melhor solução para corrigir violação de direitos, tais como: a coleta de termos de declarações, a realização de inspeções, a requisição de documentos e outras diligências.

Diante da ameaça ou da ocorrência do dano ambiental, deve-se buscar, prioritariamente, a prevenção ou a sua reparação. Ocorre que, sob o ímpeto de obter uma resposta célere, nota-se a multiplicação de termos de ajustamento de conduta sem controle de resultados qualitativos quanto à efetiva reparação do dano ao meio ambiente, muitas vezes sem considerar a regionalidade do dano, e assim, desconsidera-se a atribuição/legitimidade adequada para atuação extrajudicial e judicial.

Ocorre que para o enfrentamento dos diversos problemas advindos de grandes projetos ambientais na Amazônia Legal, que compreende os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e parte dos estados do Mato Grosso, Maranhão (a oeste do meridiano de 44° de longitude oeste) e Goiás, **é necessário** um enfrentamento concatenado dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal com atribuição regional, através, em especial de Termos de Ajustamento de Condutas Ambientais, confeccionados conjuntamente pelos representantes do Ministério Público.

Isso porque, comumente, muitos impactos ambientais ultrapassam os limites dos estados, ou ainda tem seu nascedouro em mais de um ente federativo estatal, como ocorre com projetos de hidrelétricas na Amazônia Legal, cujas externalidades negativas serão compartilhadas entre os Estados do Pará e do Maranhão, exemplificativamente.

Há entendimento que, tratando-se de rio interestadual bem da União, nos termos do art. 20, inciso III, da CFRB, invoca-se a competência da Justiça Federal, e, por conseguinte, a atribuição do Ministério Público Federal, em caso de judicialização da demanda ambiental.

Todavia, é cediço que o ajuizamento da ação ambiental, muitas vezes, não apresenta a efetividade prática; sendo oportuno, em busca do resultado mais eficaz, pela própria necessidade dialogal, em busca de consensualidade, na forma, modo e estipulação de prazos pelo Ministério Público e pelo empreendedor poluidor, o exaurimento da via extrajudicial, da qual o Termo de Ajustamento é a grande vedete.

Por outro lado, a capilaridade do Ministério Público Estadual, com a presença de promotores de justiça nos interiores mais longínquos da Amazônia Legal, “empodera” os membros estaduais de informações, detalhes, obtidos pela própria vivência na comunidade afetada, inclusive com os movimentos sociais locais.

Eis a importância da atuação conjunta entre membros estaduais e federais do Ministério Público Nacional, respaldado no §1º, do art. 127, da CFRB, que preceitua como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional

Nesses casos, são necessários instrumentos normativos adequados para respaldar, prioritariamente, a atuação extrajudicial dos membros do Ministério Público brasileiro envolvidos, de modo a possibilitar não só a confecção conjunta do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, mas o controle interestadual dos resultados efetivos dessa atuação conjunta, pelos Órgãos da Administração Superior dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal envolvidos, e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, através de homologação e acompanhamento da efetividade do instrumento, e da própria atuação judicial, em prol da primazia do interesse do meio ambiente na Amazônia Legal.

4. CONCLUSÕES

Se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental é um dos instrumentos de controle e de fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade ambiental, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelos empreendimentos, cabe ao representante estatal legitimado para tal - o membro do Ministério Público -, envidar o máximo de esforços para inserir cláusulas cujo foco seja a proteção ao meio ambiente, destacando sua recuperação, ou, diante da irreversibilidade, cláusulas de prevenção e de compensação ambientalmente vinculativas.

Nesse viés sob o prisma do olhar de atuação na Amazônia Legal, com enfoque em acompanhar de forma mais atual e eficaz a implantação de grandes projetos, não basta reconhecer a existência do dano para evocar a tutela ambiental. É necessário haver uma integração dos atores sociais, e também dos membros do Ministério Público Nacional, nos moldes do preâmbulo do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual se afirma que é dever de todos a proteção ambiental, de modo que se extraia o máximo de efetividade dos instrumentos de tutela, especialmente quando originários de compromissos de ajustamento de conduta ambiental.

É importante destacar ainda, sob o ponto de vista prático, com vistas a mitigar os danos constatados, a necessidade de que as instituições promovam um controle qualitativo de seus instrumentos de atuação, fazendo constar uma periodicidade para a fiscalização de seu cumprimento, a fim de dar visibilidade e transparência à sua atuação. Por isso, a estrutura do Estado Socioambiental de Direito, que reconhece o dever fundamental de proteção ambiental, inspirada nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, deve ser o foco para aqueles que defendem o meio ambiente como bem vital, utilizando-se dos termos de ajustamento de conduta como instrumento que não tão somente compensa, mas que, efetivamente, repara danos regionais, com a atuação do membros do Ministério Público Estadual e Federal com atribuição nos estados afetados, com base no art. 127, §1º, da CFRB.

Assim, defende-se, entre outros instrumentos, a criação de Comissão Interestadual de Gestão/Tratamento de impactos Ambientais causados na Amazônia Legal, voltadas ao estudo, sugestão e acompanhamento das externalidades negativas dos grandes projetos, atuação ministerial, adoção de teses, prioritariamente na via extrajudicial, e, na judicial, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, inclusive a instauração de Inquérito Civil, a forma de homologação de Termos de Compromisso Ambiental e, sendo o caso das Ações Cíveis Públicas, confeccionados conjuntamente pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal com atribuição para atuar nos Estados afetados.

Defende-se, ainda, a adequação da Resolução 23 de 2007, do CNMP, que disciplina a atuação extrajudicial do Ministério Público Brasileiro diante da necessidade de se dar conformidade à atuações conjuntas em casos de danos ambientais de maior monta, interestaduais, em prol do fortalecimento da atuação ministerial em face das grandes demandas ambientais, em especial na Amazônia Legal.

ADITIVO

Propôs-se a alteração do artigo 1º da Resolução 23/07 CNMP nos seguintes termos:

Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo dos Ministérios Públicos que têm legitimidade para atuar no caso, nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, atualizada até a emenda constitucional de revisão n. 6, de 7 de junho de 1994 e até a emenda constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004. p. 31-44.

FERNANDES, Rodrigo. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; teoria e prática. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento. São Paulo: Empório do Livro, 2009

MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri. Direito ambiental: legitimidade e atuação do Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2004

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997 RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2010

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O meio ambiente, a urbanização e a preservação dos conflitos no Brasil: os direitos humanos no sistema interamericano: o judiciário e o voluntariado. Revista Consulex, ano 4, nº 46, p. 14-20, out. 2000.

*A URGENTE E NECESSÁRIA ATUAÇÃO
GARANTISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
BRASILEIRO PARA A EFETIVAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE CUIDADOS PARA A
PESSOA IDOSA DEPENDENTE¹*

A responsabilidade por outros seres humanos surge simplesmente porque eles são seres humanos, e o impulso moral para ajudar daí oriundo não exige nenhum argumento, legitimação ou prova além dessa noção (Bauman e May :2010).

ALEXANDRE DE OLIVEIRA ALCÂNTARA*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça da 17ª Promotoria de Justiça Cível da Comarca de Fortaleza, Estado do Ceará (Núcleo do Idoso e da Pessoa com Deficiência), Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense- UFF.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

No plano internacional, o Estado Brasileiro participou ativamente das Assembleias das Nações Unidas sobre o envelhecimento (1982 e 2002) e das discussões e da aprovação da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) (2015). A Constituição Federal, as Leis Federais nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 (Política Nacional do Idoso) e 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) estabeleceram que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Após três décadas da Constituição de 1988, deslumbra-se o grande desafio de provocar o Estado Brasileiro a honrar o seu compromisso constitucional de amparar as pessoas idosas através de políticas públicas eficientes, em especial àquelas que apresentam dependência

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Introdução - Envelhecimento da população mundial: o fenômeno da questão social da velhice.

A sanção da recente Lei nº 13.466, de 12 de julho de 2017² foi um dos motivos para a escrita desta tese. A referida lei alterou os artigos. 3o, 15 e 71 do estatuto do idoso da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), criando um segundo conceito de idoso e uma prioridade da prioridade, ou melhor, uma prioridade especial, ou seja, a pessoa maior de 80 (oitenta) anos, que terá a partir da publicação da lei, o direito a um atendimento prioritário dentre os demais idosos no âmbito das políticas públicas, destacando-se o atendimento nos serviços de saúde e na tramitação dos processos administrativos e judiciais.

A segunda motivação para escrever e defender esta tese é a minha INDIGNAÇÃO com mais uma lei meramente simbólica, que com certeza não trará qualquer efetividade para as políticas públicas para o envelhecimento e mais uma vez, criará uma falsa esperança para milhões de idosos que esperam receber um tratamento digno quando procuram o sistema público de saúde, de famílias que procuram um centro-dia para que seu ente querido possa receber cuidados durante o dia, daqueles que buscam alguma assistência residencial para que possam cuidar de um idoso demenciado, ou mesmo daquele idoso necessitado de institucionalização em uma instituição de longa permanência para idosos (ILPI).

O envelhecimento populacional é um fenômeno mundial, e no Brasil, a população idosa é o grupo que apresenta as taxas mais elevadas de crescimento (CAMARANO, 2005, 2010, 2016). Diante de tal realidade, o Estado brasileiro precisa se preparar para atender a demanda desse segmento populacional, principalmente nos setores previdenciário, de saúde, assistência social, segurança pública, habitação e lazer.

As Assembleias das Nações Unidas sobre o envelhecimento (1982 e 2002) foram fundamentais para influenciar as legislações de vários países, inclusive o Brasil. Nessas assembleias, foram elaborados planos de ação internacional para o envelhecimento, e as nações se comprometeram a tomar uma série de medidas em defesa desse segmento populacional. Estudos do IBGE (2012) demonstram o rápido crescimento do segmento populacional acima de 65 anos no Brasil que em 2060 representará 26,7% da população. No início da década de 2010, o país contava com 23, 5 milhões de pessoas maiores de 60 anos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil participou da construção e foi o primeiro país a assinar a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas em junho de 2015 com a Argentina, o Chile, a Costa Rica e o Uruguai. O ato aconteceu em Washington, nos Estados Unidos. O Estado Brasileiro ainda não ratificou o documento, que representará importante instrumento na confirmação das políticas públicas para o envelhecimento na região³.

A Constituição de 1988 inovou ao exigir a efetiva proteção, por parte do Estado, da sociedade e da família, à pessoa idosa (art.230, C.F.) A velhice digna é um direito humano fundamental, porque expressão do direito à vida com dignidade. Em termos infraconstitucionais a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso representam as principais leis ordinárias de proteção da pessoa idosa. Ocorre que transcorridos quase três décadas da redemocratização do país e de todo esse labor legislativo pró-idoso⁴ as políticas públicas para o envelhecimento ainda não foram efetivadas de modo satisfatório. Desse modo, mais do que oportuno discutir essa temática no XXII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Até o presente, embora a Constituição Federal, a PNI e o EI delimitem as corresponsabilidades do amparo à pessoa idosa vulnerável entre a família, a sociedade e o Estado, na prática, a primeira tem assumido o encargo de cuidar de seus idosos. Desse modo, uma cuidadosa leitura dessas leis demonstra o quanto o Estado brasileiro é devedor para com esse segmento populacional.

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm

³ A Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência-AMPID participou ativamente das discussões e dos trabalhos que resultaram na Convenção e lançou uma campanha para sua ratificação pelo governo brasileiro. Disponível em <http://www.ampid.org.br/v1/?p=2587> acesso em 25.07.2017.

⁴ A Política Nacional do Idoso está vigente há 23 anos e o Estatuto do Idoso, há 14 anos.

Prova dessa inércia estatal é a previsão do artigo 10º da Política Nacional do Idoso que determinava o estímulo aos Órgãos públicos a estimular a criação de incentivos e de alternativas de atendimento ao idoso, como centros de convivência, centros de cuidados diurnos, casas-lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares e outros (art. 10, I, b, da Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994). A política de assistência social pouco fez para tais serviços fossem oferecidos à população idosa brasileira.

2.2. O Ministério Público e a garantia de direitos fundamentais da pessoa idosa.

A Constituição Federal de 1988 deu nova dimensão ao Ministério Público, conceituando-o como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).

Esse novo Ministério Público advindo com a Carta Política de 1988, em verdade, é fruto de todo um movimento crescente que busca a reconstrução das instituições democráticas do país nas últimas três décadas. Segundo Vianna (1999), as demandas e conflitos protagonizados por movimentos sociais se tornaram importante referência na reavaliação do funcionamento e estrutura da Justiça brasileira, sobretudo do Poder Judiciário. Defendendo direitos humanos e reivindicando emprego, terra, habitação, saúde, transporte, melhores valores de benefícios previdenciários (aposentadorias e pensões) e educação, esses movimentos sociais contribuíram para o debate em torno da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos (metaindividuais).

2.3. O Ministério Público como órgão fiscalizador e indutor de políticas públicas para o idoso.

A ideia do Estatuto nasce da crítica em relação à falta de efetividade e não realização de inúmeras medidas de proteção e ações previstas na Lei que instituiu a Política Nacional do Idoso, Lei 8842/94. A proposta de uma lei que trouxesse uma proteção específica ao grupo de pessoas idosas (grupo social vulnerável) também foi formada a partir da experiência social do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto do Idoso reserva ao Ministério Público um papel de destaque no sistema de garantias dos direitos. Logo no capítulo referente às Medidas de Proteção, o legislador confere ao Órgão a autonomia para determinar a aplicação de medidas que visam a resguardar a pessoa idosa violada ou ameaçada em seus direitos (art. 45).

O capítulo que trata do Ministério Público está inserido no Título V, da Lei que dispõe sobre o Acesso à Justiça (art. 74).

O inciso VIII do art. 74 criou a atribuição Ministerial de fiscalizar as Instituições de Longa Permanência para Idosos. Como já referenciado, o Estatuto do Idoso é uma lei que pertence à evolução processual no sentido de viabilizar a tutela jurisdicional coletiva. Assim é que traz um capítulo específico sobre a Proteção Judicial dos Interesses Difusos, Coletivos e individuais Indisponíveis ou Homogêneos (arts. 78 a 92).

O Estatuto do Idoso rege as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados aos idosos, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de (art. 79):

- I- acesso às ações e serviços de saúde;
- II- atendimento especializado ao idoso portador de deficiência ou com limitação incapacitante;
- III- atendimento especializado ao idoso portador de doença infectocontagiosa;
- IV- serviço de assistência social visando amparo ao idoso.

O Ministério Público tem uma função primordial na fiscalização da eficiência das políticas públicas para o envelhecimento, cabendo destacar a necessidade de uma eficiente prestação dos serviços de saúde básica e serviço social visando amparo dos idosos em situação de vulnerabilidade social⁵. A instituição ministerial tem o dever de zelar pela eficiência desses serviços em todos os municípios do estado, inclusive induzido a criação dessas políticas, sob o risco dessa demanda ser direcionada aos grandes centros urbanos, como já constamos em nosso Núcleo do idoso de Fortaleza.

Podemos afirmar que a omissão no oferecimento das políticas previstas no artigo 79 do Estatuto do Idoso acima transcrito configura uma verdadeira violência institucional, ou seja, aquela que acontece em razão da omissão ou da deficiência dos órgãos públicos ou políticas públicas que deveriam criar um ambiente propício ao envelhecimento.

⁵ Aqui lembramos importante paradigma para a atuação extrajudicial do Ministério Público Brasileiro- A Carta de Brasília. Disponível em http://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Texto_aprovado_-_Carta_de_Bras%C3%ADlia.pdf acesso em 25.07.2017.

A omissão ou ao oferecimento insatisfatório de serviço de assistência social visando amparo ao idoso é patente no Estado do Ceará. O Núcleo do Idoso e da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Ceará com atribuições na cidade de Fortaleza, capital do estado, a partir de um trabalho sistemático realizado ao longo dos últimos três anos (2015, 2016 e 2017), através das 17ª e 19ª Promotorias de Justiça Civil passou a exercer de forma mais profícua e eficaz a tutela dos direitos das pessoas idosas residentes em Instituições no município de Fortaleza, inclusive realizando sistemática fiscalização nas Instituições de Longa Permanência para Idosos, buscando resguardar os direitos fundamentais das pessoas que vivem e dependem desse serviço⁶.

Apesar dos avanços obtidos pela fiscalização do Ministério Público⁷, tem-se constatado uma situação de carência das Instituições de Longa Permanência para idosos de Fortaleza, a maioria apresentando problemas sanitários e de segurança (ausência de certificação do Corpo de Bombeiros), bem como, na qualidade dos serviços prestados. Questão tormentosa é o aumento da demanda por institucionalização e a carência da oferta de vagas. Se essa situação se apresenta na capital do estado, no interior (pequenas e médias cidades) a situação revela-se mais preocupante, pois somente vinte municípios cearenses contam com esse tipo de instituição, incluindo a única instituição pública localizada em Fortaleza⁸.

Assim, fato importante constatado no cotidiano do Núcleo do Idoso e da Pessoa com Deficiência de Fortaleza é a crescente demanda do interior do estado por acolhimento institucional de idosos e a escassez de Instituições em todo o estado do Ceará. O Estado do Ceará que possui 184 municípios conta tão somente com uma instituição pública de longa permanência para idosos (ILPI), o abrigo de idosos da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (STDS) situada em Fortaleza. A instituição conta uma população de 81 (oitenta e um) idosos, 10 % deles vindos do interior do estado em razão de insuficiência de instituições ou de uma política de cuidados nos municípios, ressaltando que Fortaleza, capital do estado, também, é uma urbe carente de políticas públicas para o envelhecimento, não estando preparada para atender sua própria demanda.

O interessante é observar que muitas dessas demandas são encaminhadas ao Núcleo do Idoso de Fortaleza por colegas Promotores de Justiça do interior do Estado do Ceará, o que significa um equívoco, na medida em que, essas políticas de cuidado deveriam ser ofertadas pelos municípios do interior do estado. O Ministério Público Estadual deve ter sua atuação direcionada para a criação no nível municipal de políticas de cuidado da pessoa idosa, inclusive visando manter em seu local de origem esses idosos em situação de vulnerabilidade social.

Ressalte-se mais uma vez que conforme a diretiva do artigo 79 do Estatuto do Idoso é obrigação do Ministério Público buscar a responsabilização dos agentes públicos em decorrência de ofensas aos direitos assegurados aos idosos em razão da omissão ou oferecimento insatisfatório de acesso às ações e serviços de saúde e de assistência social visando amparo. Os pequenos e médios municípios brasileiros não podem se omitir nem negligenciar essas políticas de cuidado da pessoa idosa, principalmente dos idosos em situação de vulnerabilidade social. Colocar o idoso doente ou desamparado em uma ambulância e despacha-ló para a capital em busca de socorro é um atentado ao princípio da dignidade humana.

A propósito dessa obrigação legal do Ministério Público, recente pesquisa conduzida por Lemgruber (2016) coloca em xeque o papel do Ministério Público como guardião da democracia brasileira, e aponta como um dos elementos desse questionamento, a falta de prioridade de atuação do órgão na defesa de grupos sociais vulneráveis, entre os quais idosos, pessoas com deficiência, minorias étnicas, LGBT.

A fim de fundamentar a presente tese farei uma rápida análise de dois estudos, o primeiro da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal), Órgão das Nações Unidas, intitulado: “Calidad de los servicios de largo plazo para personas adultas mayores con dependência” (2014)⁹ e o segundo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), denominado “Condições de funcionamento e infraestrutura das Instituições de longa permanência para idosos no Brasil” (Comunicado nº93) (2011)¹⁰.

O estudo da Cepal analisou a realidade de nove países da região: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, Nicarágua, Peru e Uruguai. O Estudo parte de uma introdução conceitual, abordando alguns conceitos, como o de dependência: “diz respeito à perda da capacidade para o desempenho de atividades imprescindíveis para a vida cotidiana e a consequente necessidade de apoio de outras pessoas para a sobrevivência”. Serviços de longo prazo para pessoas idosas: Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), “o cuidado de longo prazo é um sistema de atividades realizados por cuidadores informais (família, amigos e/ou vizinhos) e/ou profissionais (sanitários, sociais e outros) para assegurar que uma pessoa que não é plenamente capaz de seu autocuidado possa manter o mais alto nível de qualidade de vida possível, de acordo com suas preferências pessoais, com o maior grau possível de independência, autonomia, participação, realização pessoal e dignidade humana”.

⁶ O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expediu a Resolução nº154, de 13 de dezembro de 2016, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais das pessoas idosas residentes em instituições de longa permanência. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-154.pdf> Acesso em 25.07.2017.

⁷ Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/caocidadania/idoso-e-deficiente/ilpis-de-fortaleza/> (veja quadro com a situação das Instituições de Longa Permanência para Idosos da cidade de Fortaleza e Relatório de Inspeções do Triênio 2015-2017). Acesso em 24.07.2017.

⁸ Segundo o Caocidadania do Ministério Público do Ceará os seguintes municípios contam com Instituições de Longa Permanência para Idosos: Acopiara, Apuiarés, Beberibe, Canindé, Caucaia, Crateús, Crato, Eusébio, Fortaleza, Groaíras, Guaraciaba do Norte, Horizonte, Juazeiro do Norte, Limoeiro do Norte, Maranguape, Marco, Milagres, Quixeramobim, Russas e Sobral.

⁹ Disponível em http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36948/1/S1420237_es.pdf acesso em 24.07.2017.

¹⁰ Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110524_comunicadoipea93.pdf acesso em 24.07.2017.

O estudo da Cepal ressalta e urgente necessidade de mudanças de paradigmas nos programas para idosos dependentes na América Latina, ressaltando a tradição “familista” dos sistemas de proteção social latino americano: “...la mayor parte de los Estados entienden que las familias se deben hacer cargo de los costos de la dependencia, sean éstos erogables (contratacion en el mercado) o no erogables (esfuerzo de familiares y amigos)”.

Ressalta o estudo da Cepal, no caso brasileiro, o papel reservado pelo Estatuto do Idoso ao Ministério Público na fiscalização das instituições de longa permanência para idosos, mas critica a ausência de norma que especifique o papel do Estado Brasileiro no financiamento dos serviços para as pessoas idosas dependentes. Por fim, é importante destacar que o estudo aponta propostas para a fixação de paradigmas de qualidade para os serviços de longa duração para pessoas idosas, quais sejam: A necessidade de organizar os serviços distinguindo-se os níveis de dependência; a transparência na gestão e na avaliação da qualidade dos serviços; a sustentabilidade dos serviços; a necessidade de fixação de indicadores de qualidade das instituições de longa permanência para idosos e dos serviços em domicílio.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), órgão estratégico na formulação das políticas públicas do governo federal brasileiro já alertava em 2011 para as precárias condições de funcionamento e infraestrutura das instituições de longa permanência para idosos no Brasil em seu Comunicado nº93. Dado a importância das informações desse estudo para a nossa constatação da omissão ou ineficiência das políticas públicas de cuidado do envelhecimento no Brasil e em particular no Estado do Ceará, cabe destacar alguns dados:

O grupo etário muito idoso, ou seja, pessoas com 80 (oitenta) anos ou mais é o que mais cresce no Brasil¹¹, o que significa uma crescente demanda por cuidados de longa duração, sejam formais ou informais;

No Brasil, a institucionalização do idoso ocorre apenas no limite da capacidade familiar de oferecer cuidados. Isso significa que as famílias, apesar de todas as adversidades sociais, têm sido as responsáveis pelo cuidado dos idosos.

Somente 28,8% dos municípios brasileiros contam com instituições de longa permanência para idosos; nessa pesquisa foram localizadas 3.548 dessas instituições no país.

Somente 6,6% são públicas;

65,2% são filantrópicas (religiosas ou leigas);

Dos 109.447 leitos disponíveis, 91.6% estavam ocupados;

Quanto à localização espacial foi constatado que 2/3 das instituições estão na região sudeste, sendo que São Paulo possui 34,35 do total. Há uma super-representação das regiões sudestes, sul e centro-oeste. A região sudeste que possui 51.7% população idosa brasileira apresenta 63.5% das instituições de longa permanência para idosos. Dado preocupante e sinalizador das desigualdades regionais no Brasil, é que o Nordeste, apesar de contar com 24.7% da população idosa brasileira, conta tão somente com 8.5% das instituições de longa permanência para idosos.

Quanto ao financiamento dessas instituições restou demonstrado a diminuta participação do poder público (federal, estadual e municipal): somente 20% dos recursos são públicos. A principal fonte de recursos é dos próprios idosos ou familiares: 57%. Os recursos próprios das instituições representam 12,6%.

Por fim, esse significativo estudo do IPEA pontua as seguintes considerações finais:

Sempre vão existir idosos totalmente dependentes e com carência de renda que não constituíram família ou vivem em conflito;

A Instituição de longa permanência para idosos (ILPI) é uma das modalidades de cuidado;

O pertencimento a uma ILPI pode representar uma alternativa de amparo, proteção e segurança;

As Instituições de Longa Permanência para Idosos devem fazer parte da infraestrutura básica de qualquer cidade;

Sugere a criação de alternativas intermediárias de cuidados (Rede de Assistência): Centro de convivência, centros dia, atendimento domiciliar, apoio para o cuidador familiar.

Os resultados dos dois estudos são ratificados por estudiosos brasileiros da questão social do envelhecimento, a saber: Alcântara (2009); Barbosa (2016); Berzins (2016); Camarano (2016); Duarte (2016); Faleiros (2016); Giacomim (2012); Maio (2016); Py (2016), Rauth (2016) e Kanso (2016).

¹¹ A idade é o principal fator de risco para o desenvolvimento de demência da Doença de Alzheimer (DA). Após os 65 anos, o risco de desenvolver a doença dobra a cada cinco anos. Segundo a Associação Brasileira de Alzheimer –ABRAZ, estima-se que existam no Brasil cerca 1,2 milhão de casos, a maior parte deles ainda sem diagnóstico. Disponível em <http://www.abraz.org.br/sobre-alzheimer/o-que-e-alzheimer> acesso em 25.07.2017.

3. CONCLUSÕES

Pelo exposto, defendo que o Ministério Público Brasileiro deve ter uma atuação garantista de direitos na criação, na manutenção e fiscalização de políticas públicas de cuidados para a pessoa idosa dependente sob o risco de uma super demanda por serviços assistenciais de saúde e social originadas nos pequenos e médios municípios brasileiros recair sobre os grandes centros urbanos na mesma medida do aumento exponencial da população idosa.

Dessa forma, cumpre ao Ministério Público Brasileiro instigar por suas instâncias administrativas e associativas superiores (Conselho Nacional do Ministério Público -CNMP, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais CNPG) os membros das mais remotas regiões do interior do país a buscar a efetiva criação, manutenção e fiscalização de políticas públicas de cuidados para a pessoa idosa dependente objetivando um envelhecimento digno, que deverá contar com alternativas intermediárias de cuidados: centros de convivência, centros dia, atendimento domiciliar, apoio para o cuidador familiar e também com as Instituições de Longa Permanência para Idosos.

Por fim, é de fundamental importância observar que o Ministério Público é um dos atores do sistema de garantias previsto no Estatuto do Idoso e deve trabalhar de forma articulada e efetiva com os outros atores desse sistema, buscando induzir a criação de políticas públicas de cuidados para a pessoa idosa dependente garantindo, conseqüentemente, os direitos fundamentais da pessoa idosa.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Adriana de Oliveira. Velhos institucionalizados e família: entre abafos e desabafos. Campinas, SP; Alínea, 2009.
- BARBOSA, Pamela e Camarano, Ana Amélia. Instituições de longa permanência para idosos no Brasil: do que se está falando? In: Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. Alcântara, Alexandre de Oliveira; Camarano, Ana Amélia; Giacomini, Karla Cristina; Rio de Janeiro, Ipea. 2016.
- BAUMAN, Zigmunt e May, Tim. Aprendendo a pensar a sociologia; tradução Alexandre Werneck, Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BERZINS, Maria Anselmo Viana da Silva; Camarano, Ana Amélia; Giacomini, Karla Cristina. A Assistência social na Política Nacional do Idoso. In: Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. Alcântara, Alexandre de Oliveira; Rio de Janeiro, Ipea. 2016.
- BRASIL. Constituição Federal. Código de Defesa do Consumidor, lei de proteção à concorrência (CADE). Marques, Fernando de Oliveira (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Estatuto do Idoso. Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2016.
- _____. Política Nacional do Idoso. Lei 8.842 de 04 de janeiro de 1994: MPAS.
- CAMARANO, Ana Amélia et al. Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas. Brasília: Presidência da República- Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005.
- CEPAL. Calidad de los servicios de largo plazo para personas adultas mayores con dependencia. Naciones Unidas, agosto de 2014. Santiago de Chile. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36948/1/S1420237_es.pdf
- DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira; Berzins, Marília Anselmo Viana da Silva; Giacomini, Karla Cristina. Política nacional do idoso: As lacunas da lei e a questão dos cuidadores. In: Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. Alcântara, Alexandre de Oliveira; Camarano, Ana Amélia; Giacomini, Karla Cristina; Rio de Janeiro, Ipea. 2016.
- FALEIROS, Vicente de Paula. A política nacional do idoso em questão: passes e impasses na efetivação da cidadania. In: Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. Alcântara, Alexandre de Oliveira; Camarano, Ana Amélia; Giacomini, Karla Cristina; Rio de Janeiro, Ipea. 2016.
- GIACOMINI, Karla Cristina. Envelhecimento populacional e os desafios para as políticas públicas. In: Políticas públicas para um país que envelhece. Berzins, Maria Viana; Borges, Maria Cláudio. São Paulo. Martinari, 2012.
- IBGE. Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2012.
- IPEA. Comunicado nº93- Infraestrutura Social e Urbana no Brasil- subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas- Condições de funcionamento e infraestrutura das instituições de longa permanência para idosos no Brasil, Série- Eixos de Desenvolvimento Brasileiro http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110524_comunicadoipea93.pdf, 2011.
- LEMGRUBER, Julita. Ministério Público: guardião da democracia brasileira? (Julita Lemgruber, Ludmila Ribeiro, Leonarda Musumeci, Thais Duarte), Rio de Janeiro: CESeC, 2016.
- MAIO, Iadya Gama. Pessoa idosa dependente: políticas públicas de cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016.
- VIANNA, Luiz Werneck. Judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

*A RESERVA LEGAL NA MATA ATLÂNTICA E A IN(SUSTENTABILIDADE) DA PRÁTICA DO MANEJO FLORESTAL*¹

ALEXANDRE GAIO²

¹ **APROVADA POR UNANIMIDADE**

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2003, atualmente em exercício no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo (CAOPMAHU).

1. EXPOSIÇÃO

O presente trabalho busca abordar, de um lado, os principais aspectos legais e ecológicos do bioma Mata Atlântica, a sua situação atual frente ao risco de extinção, à continuidade do desmatamento e à fragmentação dos últimos remanescentes de vegetação e floresta e o regime jurídico conferido ao bioma pela Lei Federal 11.428/2006, e, de outro lado, o tratamento atribuído à Reserva Legal pela Lei Federal 12.651/2012 e a problemática relacionada à in(aplicabilidade) do manejo florestal em Reserva Legal situada no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica em face da especialidade da Lei que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa deste bioma.

Isto porque embora a Lei Federal 12.651/2012 preveja no âmbito nacional mitigações quanto à obrigatoriedade de existência de Reserva Legal nos imóveis rurais e a ampla possibilidade de manejo florestal com enfoque comercial e utilização de espécies exóticas nesse espaço ambiental protegido, a Lei Federal 11.428/2006, que possui aplicação somente no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica, estabelece um regime mais rigoroso de proteção da vegetação nativa e hipóteses excepcionabilíssimas para a realização do manejo florestal.

1.2 O bioma Mata Atlântica: importância, risco de extinção e proteção jurídica.

Os levantamentos realizados há mais de uma década pelo INPE e SOS Mata Atlântica evidenciam que, mesmo com o histórico de destruição da Mata Atlântica a ferro e fogo e com toda a drástica diminuição de fauna e flora promovida em todos os ciclos econômicos por mais de quinhentos anos³, o desmatamento e a perda da biodiversidade persistem em grandes escalas até os dias atuais e, ainda, sem nenhum indicativo de que a sanha das atividades econômicas e outras atividades degradadoras sejam restringidas ao menos para estancar a cessar a perda e diminuição gradativa dos remanescentes deste bioma.

No meio rural, o agronegócio, a pecuária extensiva, a silvicultura e a implantação de centrais de produção hidrelétricas vêm, de modo incessante, captando novas áreas para produção em substituição aos remanescentes da Mata Atlântica. Nas zonas urbanas, não há como se olvidar que a maior parte da população brasileira se encontra nas áreas de domínio da Mata Atlântica e que há forte pressão não somente para a expansão urbana, mas também a existência de diversos interesses econômicos (comerciais, industriais, imobiliários e turísticos) que pretendem a supressão de seus remanescentes de vegetação ainda preservados ou em fase de recuperação⁴.

De fato, em levantamentos dos remanescentes de Mata Atlântica do Brasil realizado em conjunto pelo Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE) e pela Fundação SOS Mata Atlântica, tendo como referência temporal os últimos anos, constatou-se que há uma impressionante continuidade do processo de desmatamento da Mata Atlântica⁵, nada obstante a indicação de praticamente inexistência de remanescentes em bom estado de conservação em alguns dos seus compartimentos.

Não obstante o porcentual de áreas de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica⁶ no Brasil seja mínimo (aproximadamente oito por cento da cobertura original), esse mínimo é imprescindível para a manutenção de significativa biodiversidade no planeta e para a qualidade de vida e da própria vida da maior parte da população brasileira⁷.

A Constituição da República, além de prescrever o dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente⁸ e a observância dos princípios que estatuem a primariedade do meio ambiente e a exploração limitada da propriedade⁹, atribuiu diversas obrigações positivas à sociedade e ao Poder Público, dentre elas: a) o dever de proteger os espaços territoriais¹⁰ e seus com-

³ DEAN, Warren. **A ferro e fogo**: a história da devastação da Mata Atlântica brasileira. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁴ GAIO, Alexandre. **Lei da Mata Atlântica Comentada**. São Paulo: Editora Almedina, 2014. p. 41-49.

⁵ Conforme os referidos levantamentos, no período de 2011-2012 houve o desmatamento de 23.548 hectares; no período de 2012-2013 houve o desmatamento de 23.948 hectares; no período de 2013-2014 houve o desmatamento de 18.627 hectares; e no período de 2014-2015 houve o desmatamento de 18.433 hectares. (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**).

⁶ A Lei Federal 11.428/2006 e o seu Decreto regulamentador 6.660/2008 (artigo 1º) definiram a área de abrangência do bioma Mata Atlântica, de modo a contemplar as seguintes configurações de formações florestais nativas e ecossistemas associados: “Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; Floresta Estacional Decidual; campos de altitude; áreas das formações pioneiras, conhecidas como manguezais, restingas, campos salinos e áreas aluviais; refúgios vegetacionais; áreas de tensão ecológica; brejos interioranos e encraves florestais, representados por disjunções de Floresta Ombrófila Densa, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual e Floresta Estacional Decidual; áreas de estepe, savana e savana-estépica; e vegetação nativa das ilhas costeiras e oceânicas”.

⁷ Segundo estudo do IBGE, realizado em 2009, sobre o Mapa da Área de Aplicação da Lei Federal 11.428/2006, cerca de 123 milhões de pessoas vivem em 3.410 municípios, na delimitação da Mata Atlântica. (Disponível em: <www.ibge.gov.br>).

⁸ Artigo 225, *caput*.

⁹ Artigos 170, VI, 182, § 2º, e 186.

¹⁰ Na definição de José Afonso da Silva, espaços territoriais especialmente protegidos são: “áreas geográficas públicas ou privadas (porção de território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção do processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.”(SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, p. 230.)

ponentes, tais como a Mata Atlântica¹¹; b) a observância da vedação de qualquer utilização do bioma Mata Atlântica (espaço territorial especialmente protegido) que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção¹²; c) o dever de promover a restauração dos seus processos ecológicos essenciais e de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas¹³; d) o dever de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País¹⁴; e) o dever de exigir estudo de impacto ambiental para implantação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental¹⁵; f) e o dever de proteger a fauna e a flora, vedando-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção das espécies ou que submetam os animais a crueldade¹⁶.

O dever de proteção da Mata Atlântica é corroborado frente ao disposto no artigo 225, § 4.º, da Constituição da República, que atribui à Mata Atlântica o *status* de “patrimônio nacional” e determinou que a sua utilização apenas pode ocorrer, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Após a vigência do Decreto Federal 99.547/90 e do Decreto Federal 750/93, que trataram do tema pelo período de dezesseis anos, editou-se a Lei Federal 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica.

A Lei Federal 11.428/2006, editada com um formato analítico, colacionou princípios e objetivos em relação ao regime jurídico do bioma Mata Atlântica. Percebe-se facilmente que o propósito principiológico da Lei Federal 11.428/2006 é de conseguir, no mínimo, manter o estado de vida da Mata Atlântica atualmente existente às futuras gerações. Essa conclusão é confirmada integralmente no primeiro objetivo estampado no artigo 7.º, inciso I, da Lei Federal 11.428/2006, qual seja o de que a proteção e utilização da Mata Atlântica deve ser realizada do modo a garantir “a manutenção e a recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico do Bioma Mata Atlântica para as presentes e futuras gerações”. Importante notar que o objetivo dessa lei não se restringe à manutenção da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico da Mata Atlântica, mas também à sua “recuperação”, o que evidencia um dever de avanço e melhoria da condição ambiental desse bioma e não de retrocesso.

Na seara do regime jurídico do bioma Mata Atlântica, a exploração e corte de vegetação primária e secundária nos estágios médio e avançado de regeneração do bioma Mata Atlântica apenas é permitida, em regra e de acordo com diversos pressupostos e condições, nos casos de utilidade pública e interesse social previstos na Lei Federal 11.428/2006.

1.3. A Reserva Legal na Lei Federal 12.651/2012 e a previsão do manejo florestal.

A Reserva Legal, também considerada um espaço territorial especialmente protegido, nos termos do artigo 225, § 1º, III, da Constituição da República, é definida pela Lei Federal 12.651/2012, como a:

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;¹⁷

Criou-se a Reserva Legal com o intuito de proteger uma quota mínima de cobertura de vegetação ou floresta nativa em cada propriedade e, por conseqüência, assegurar a sustentabilidade ambiental da propriedade de acordo com a sua função social e a preservação de um mínimo existencial de equilíbrio ecológico e de biodiversidade. Consoante explica Antônio Herman Benjamin, a Reserva Legal

encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da biodiversidade (...) se não preservado esse mínimo ambiental constitucional, não confere ao administrado os benefícios da segurança decorrentes do ajustamento perfeito ao ordenamento maior, já que, por vício insanável, refuta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁸.

¹¹ A noção constitucional de espaços territoriais protegidos abrange não somente as unidades de conservação, mas também as áreas de preservação permanente, a reserva legal, as reservas da biosfera e biomas como a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, previstos no art. 225, § 4.º, da CF/88. (SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. *Revista de Direito ambiental*, São Paulo, n.40, p.83, 2005.)

¹² Artigo 225, § 1º, III.

¹³ Artigo 225, § 1º, I.

¹⁴ Artigo 225, § 1º, II.

¹⁵ Artigo 225, § 1º, IV.

¹⁶ Artigo 225, § 1º, VII.

¹⁷ Artigo 3º, III, da Lei Federal 12.651/2012. A mesma Lei indica a delimitação e o regime da Reserva Legal nos seus artigos 12 a 24.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-59.

A Lei Federal 12.651/2012 possui diversos dispositivos eivados de inconstitucionalidade material, conforme Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902 e 4903 ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e em trâmite no Supremo Tribunal Federal, não se podendo olvidar que a revogação da Lei Federal 4.771/65 importou em significativo retrocesso ambiental e em frontal lesão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive no que concerne ao tratamento da Reserva Legal.

Entende-se que há um claro posicionamento institucional do Ministério Público em âmbito nacional em relação à maioria dos dispositivos questionados nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, normalmente exteriorizado por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas também reforçado pelo questionamento de legislações florestais estaduais pelos Ministérios Públicos dos Estados por meio do controle concentrado, como é o caso da recente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Um dos exemplos desses retrocessos é o artigo 67 da Lei Federal 12.651/2012, que prevê a dispensa da recomposição integral da Reserva Legal em propriedades rurais com área de até quatro módulos fiscais, que no Estado do Paraná chega a proporção de aproximadamente oitenta e cinco por cento das propriedades. Veja-se que a aplicação do referido dispositivo da Lei Federal 12.651/2012 significaria aceitar a não recomposição de milhões de hectares de vegetação em Reserva Legal situada no bioma Mata Atlântica. Importante perceber, ainda, que o dispositivo legal em referência permite a instituição da Reserva Legal de 1% ou 0,5% da extensão da propriedade com remanescente florestal, o que não se distancia muito da situação de ausência absoluta de remanescente.

Independentemente dos dispositivos da Lei Federal 12.651/2012 que afrontam a Constituição da República e promovem o retrocesso na proteção ambiental, é importante perceber que a aludida legislação prevê expressamente a possibilidade de manejo florestal¹⁹ da vegetação da Reserva Legal no seu artigo 17²⁰, seja com o propósito de consumo na propriedade, seja como o propósito comercial, conforme modalidades descritas no seu artigo 20²¹.

O manejo florestal com propósito comercial pode inclusive incluir espécies exóticas (frutíferas, ornamentais ou industriais) de modo intercalado ou consorciado com espécies florestais nativas em até cinquenta por cento da área, na forma dos artigos 22, 54 e 66 da Lei Federal 12.651/2012²², o que reitera e amplia a possibilidade anteriormente prevista na Lei Federal 4.771/65 para a prática de exploração comercial sem a manutenção do mínimo de biodiversidade e para a descaracterização da essência da Reserva Legal. Em adição a isso, o manejo florestal eventual para consumo no imóvel sem propósito comercial, “independe de autorização dos órgãos competentes, devendo apenas ser declarados previamente ao órgão ambiental a motivação da exploração e o volume explorado, limitada a exploração anual a 20 (vinte) metros cúbicos”²³.

1.4. A in(aplicabilidade) do manejo florestal em Reserva Legal situada no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica.

A Lei Federal 11.428/2006 colaciona a definição de exploração sustentável como a “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável”²⁴, e ainda considera como de interesse social “as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área”²⁵.

¹⁹ “Manejo Florestal Sustentável é a administração da floresta para obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não-madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços florestais”. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/florestas/manejo-florestal-sustentavel>> Acesso em: 27.3.2017.

²⁰ Art. 17. A Reserva Legal deve ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. § 1º. Admite-se a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do Sisnama, de acordo com as modalidades previstas no art. 20.

²¹ Art. 20. No manejo sustentável da vegetação florestal da Reserva Legal, serão adotadas práticas de exploração seletiva nas modalidades de manejo sustentável sem propósito comercial para consumo na propriedade e manejo sustentável para exploração florestal com propósito comercial.

²² Art. 22. O manejo florestal sustentável da vegetação da Reserva Legal com propósito comercial depende de autorização do órgão competente e deverá atender as seguintes diretrizes e orientações: I - não descaracterizar a cobertura vegetal e não prejudicar a conservação da vegetação nativa da área; II - assegurar a manutenção da diversidade das espécies; III - conduzir o manejo de espécies exóticas com a adoção de medidas que favoreçam a regeneração de espécies nativas. (...) Art. 54. Para cumprimento da manutenção da área de reserva legal nos imóveis a que se refere o inciso V do art. 3º, poderão ser computados os plantios de árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas da região em sistemas agroflorestais. (...) Art. 66. (...) § 3º A recomposição de que trata o inciso I do caput poderá ser realizada mediante o plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal, observados os seguintes parâmetros: I - o plantio de espécies exóticas deverá ser combinado com as espécies nativas de ocorrência regional; II - a área recomposta com espécies exóticas não poderá exceder a 50% (cinquenta por cento) da área total a ser recuperada.

²³ Artigo 23 da Lei Federal 11.428/2006.

²⁴ Artigo 3º, inciso V.

²⁵ Artigo 3º, VIII, “b”.

A mesma Lei define quais são os requisitos para a caracterização de pequeno produtor rural em seu artigo 3º, inciso I, quais sejam uma propriedade rural com extensão não superior a cinquenta hectares²⁶, somado ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) a sua residência deve se localizar no próprio imóvel rural; b) a exploração desse imóvel rural deve ocorrer mediante o trabalho pessoal do proprietário ou posseiro e de sua família; c) admite-se a eventual ajuda de terceiros, o que não se coaduna, por exemplo, com funcionários contratados para trabalho fixo; d) a renda bruta deve ser originária, em ao menos 80% (oitenta por cento), de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais ou do extrativismo rural²⁷.

As hipóteses vedadas e permissíveis tanto do manejo florestal quanto de corte ou supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica são tratadas de modo diferenciado pela Lei Federal 11.428/2006 consoante o tipo de vegetação e seus estágios de sucessão e regeneração e a finalidade da intervenção, dentre outros fatores.

No tocante à discussão do manejo florestal no bioma Mata Atlântica tendo como traço diferenciador os estágios de sucessão, não se vislumbra possibilidade de controvérsia quanto à impossibilidade desta prática em vegetação primária e secundária em estágio avançado de regeneração²⁸, nos termos dos artigos 14²⁹, 20³⁰ e 21³¹ da Lei Federal 11.428/2006.

A discussão, portanto, centraliza-se em relação à (in)viabilidade de manejo florestal nos remanescentes de vegetação secundária nos estágios médio e inicial de regeneração do bioma Mata Atlântica, isso porque a Lei Federal 11.428/2006 prevê a possibilidade legal em seus artigos 23 e 25 de autorização emitida pelo órgão público ambiental competente para a exploração destes remanescentes florestais em formato de manejo.

De fato, o artigo 23 da Lei Federal 11.428/2006 prevê a possibilidade de exploração da vegetação secundária em estágio médio de regeneração que não abranja Áreas de Preservação Permanente, “quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família”, assim como o artigo 25 da mesma Lei permite essa prática, de modo mais amplo e sem as restrições apontadas, em vegetação secundária em estágio inicial de regeneração.

No entanto, a própria Lei Federal 11.428/2006 determina, em seu artigo 11, inciso I, alínea “a”, a vedação do corte de vegetação secundária em estágio médio de regeneração quando a vegetação abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, e a intervenção puser em risco a sobrevivência dessas espécies, assim como o Decreto Federal 6.660/2008³² que a regulamenta também prevê possibilidade de permissão para a prática do manejo florestal somente às hipóteses em que não há a incidência das referidas espécies.

Em adição a isso, a Portaria nº 443 do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 17 de dezembro de 2014, proibiu, sem exceções³³, o manejo de diversas espécies da flora ameaçadas no bioma Mata Atlântica em remanescentes florestais. Desta forma, ainda que de modo não absoluto, a referida Portaria corrobora a inviabilidade da prática de manejo florestal na Mata Atlântica, ou, no mínimo, conduz à interpretação de que qualquer pretensão manejo florestal, ainda que não envolva o corte de qualquer espécie florestal ameaçada ou vulnerável no bioma Mata Atlântica, teria que demonstrar a ausência de impactos negativos ao ecossistema do qual dependem as espécies ameaçadas, lembrando-se que estas têm as suas sobrevivências dependentes da interação complexa com as demais espécies que habitam os remanescentes florestais.

No Estado do Paraná, a experiência de manejo florestal aprovado pelo Poder Público em Mata Atlântica, em especial no compartimento da Floresta Ombrófila Mista, mais conhecida como Mata das Araucárias, ajudou a praticamente eliminar os seus remanescentes, que atualmente se encontram em menos de 0,8% em bom estado de conservação³⁴. De outro lado, ainda

²⁶ Em adição a isso, o artigo 47, constante das disposições finais da Lei n.º 11.428/2006, impõe mais uma condição no fator tamanho da propriedade, qual seja: “somente serão consideradas as propriedades rurais com área de até cinquenta hectares, registradas em cartório até a data de início de vigência desta Lei, ressalvados os casos de fracionamento por transmissão causa mortis”.

²⁷ Na mencionada definição de pequeno produtor rural ainda se enquadram as posses coletivas de terra considerando-se a fração individual não superior a cinquenta hectares.

²⁸ O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), por meio da sua Resolução n.º 10, de 1.º de outubro de 1993, trouxe as importantes definições de vegetação primária, vegetação secundária e seus estágios de regeneração, e, nos anos seguintes, editou Resoluções para detalhar os parâmetros da vegetação primária e secundária da Mata Atlântica nos Estados da Federação (Resoluções do CONAMA n.º 01/94 (São Paulo), 02/94 (Paraná), 04/94 (Santa Catarina), 05/94 (Bahia), 06/94 (Rio de Janeiro), 25/94 (Ceará), 26/94 (Piauí), 28/94 (Alagoas), 29/94 (Espírito Santo), 30/94 (Mato Grosso do Sul), 31/94 (Pernambuco), 32/94 (Rio Grande do Norte), 33/94 (Rio Grande do Sul), 34/94 (Sergipe) e 391/2007 (Paraíba).

²⁹ Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1º e 2º do art. 31 desta Lei.

³⁰ Art. 20. O corte e a supressão da vegetação primária do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas.

³¹ Art. 21. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados: I - em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e II - (VETADO) III - nos casos previstos no inciso I do art. 30 desta Lei.

³² Artigos 2º, parágrafo 5º; 6º, I; 13, I; e 36, IV.

³³ Entende-se que não se aplica a exceção dos §§ 1º e 2º do artigo 2º da referida Portaria aos remanescentes florestais, mas tão somente aos plantios comerciais licenciados em áreas degradadas.

³⁴ Dados levantados pela FUPF/MMA no ano de 2001, devendo-se considerar a notória continuidade de desmatamento na referida região nos últimos quinze anos.

que fosse possível estudarmos mecanismos efetivos de um manejo florestal não espoliativo ou degradador e com rigoroso controle do Poder Público, o estado de risco de sobrevivência da Mata Atlântica e de centenas de espécies da fauna e da floresta ameaçadas de extinção ou em situação de vulnerabilidade também não nos permite, ao menos por ora, trilhar esse caminho. A partir deste panorama, urge também invocar os princípios da prevenção e precaução, inclusive no âmbito da Lei da Política Nacional das Mudanças do Clima³⁵.

Relevante também destacar que não há estudos ambientais aprofundados que demonstrem quais os resultados do manejo florestal quanto à conservação de biodiversidade levando em consideração a atual situação do bioma Mata Atlântica no Brasil, que se encontra reduzido a ínfimas porções e ainda em estado fragmentado e sob contínuo, atual e ininterrupto processo de desmatamento e diminuição dos seus remanescentes. Reitera-se que, em relação a alguns dos compartimentos do bioma Mata Atlântica, já houve praticamente a sua extinção total, como é o caso da Floresta Ombrófila Mista.

Veja-se que mesmo no âmbito da Floresta Amazônica, onde ainda temos uma extensão bastante superior de remanescentes florestais em relação ao bioma Mata Atlântica, recentes estudos têm demonstrado que o manejo florestal produz importantes impactos para a redução da biodiversidade, ainda que esta se situe em remanescentes florestais vizinhos não explorados³⁶. O que se dizer então da exploração dos últimos e pequenos fragmentos de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica secundária em estágio inicial e médio de regeneração, que claramente são mais frágeis e ainda em processo de formação?

Frente às disposições da Lei Federal 12.651/2012, que conferem regime de utilização da Reserva Legal em âmbito nacional sob parâmetros menos protetivos ao meio ambiente, chama-se a atenção de que Lei Federal 11.428/2006 define de modo especial e diferenciado a conservação, a proteção, a regeneração e a utilização da área específica de abrangência do bioma Mata Atlântica. Desta forma, a aplicação das normas sobre a Reserva Legal e a técnica de manejo florestal no âmbito do bioma Mata Atlântica possui (ou deve possuir) contornos próprios e distintos trazidos pela própria Lei Federal 11.428/2006, e portanto dotados de critérios de proteção mais rígidos.

Uma vez que a Lei Federal 12.651/2012, embora posterior, não revogou³⁷ a Lei Federal 11.428/2006, a qual é igualmente lei ordinária, e que esta é mais específica em relação àquela, inclusive com tipo penal próprio na Lei de Crimes Ambientais³⁸, é o critério da especialidade que deve ser aplicado.

Veja-se que a Lei Federal 11.428/2006 atende a comando específico da Constituição da República, qual seja o artigo 225, parágrafo 4º, que declara a Mata Atlântica como patrimônio nacional e determina que a sua utilização e proteção se deve dar na forma prevista em lei, que atualmente é a Lei da Mata Atlântica. Ademais, o artigo 1º da Lei Federal 11.428/2006 corrobora a sua especialidade e sua relação de complementariedade com a Lei Federal 12.651/2012 (que revogou a Lei Federal 4.771/65) ao estabelecer que “a conservação, a proteção, a regeneração e a utilização do Bioma Mata Atlântica, patrimônio nacional, observarão o que estabelece esta Lei, bem como a legislação ambiental vigente, em especial a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965”.

Sobre a necessária adoção das normas especializantes do bioma Mata Atlântica na ordem jurídica florestal, sempre sob o enfoque de respeito à Constituição da República, veja-se a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A ordem jurídica florestal, no cotejo com a ordem jurídica ambiental, é tão só uma entre várias que no corpo desta se alojam, prisioneira aquela de inescapável vocação de unidade e coexistência harmônica com os microssistemas-irmãos elementares e temáticos (faunístico, hídrico, climático, de Unidades de Conservação, da Mata Atlântica), tudo em posição de subserviência aos domínios

³⁵ Essa preocupação foi recentemente externada pelo Ministério Público do Estado do Paraná na Recomendação Administrativa nº 004/2016 ao Conselho Estadual do Meio Ambiente do Paraná para que qualquer pretenso ato normativo que disponha sobre o plantio florestal, exploração, manejo ou corte da espécie Araucária Angustifolia plantada preveja expressamente a vedação dessa prática nos remanescentes florestais existentes no Estado do Paraná.

³⁶ No estudo de doutorado Efeitos do manejo florestal na estrutura da avifauna na floresta Amazônica de Paragominas (Pará), o biólogo Miguel Ángel Quimbayo Cardona avaliou o manejo e mudanças na estrutura da avifauna na floresta Amazônica de Paragominas, no Pará. Foram registradas 235 espécies de aves nas áreas de manejo florestal. “As informações coletadas mostram que a Pseudastur albicollis, Gavião branco, foi contemplado pela pesquisa resposta da comunidade de aves a esses fatores de modificação da estrutura foi imediata”, diz o pesquisador. Cardona afirma que a área de manejo florestal com maior riqueza de espécies e abundância de grupos funcionais foi a área explorada em 2000, contraste evidenciado com a área não explorada, que teve a menor riqueza e abundâncias de grupos funcionais. “Esta área parece ter essa característica em acolher as espécies devido ao fato de não ter muitos limites com outras áreas de exploração e limita ao sul com a floresta matriz, que envolve a área de manejo florestal Rio Capim, tendo mais capacidade de suporte para as espécies afetadas pelas atividades de manejo florestal”, explica. O trabalho mostrou que as espécies do interior da floresta, que requerem cavidades de árvores para ninho, e os grupos funcionais insetívoros, insetívoros de sub-bosque e nectarívoros-insetívoros de sub-bosque foram os mais afetados pelo manejo florestal, especialmente na área não explorada que teve atividades de pré-exploração e a área explorada em 2003 que foi afetada por distúrbios naturais antes da amostragem de campo. “A resposta a esse distúrbio natural por parte da comunidade de aves na área explorada em 2003 foi similar à área não explorada. Ou seja, o comportamento da avifauna tem um padrão semelhante quando acontecem fatores de modificação antrópicos ou distúrbios naturais”, conclui. O estudo, orientado pela professora Teresa Cristina Magro, do Departamento de Ciências Florestais (LCF), avaliou a comunidade, a riqueza e a abundância de espécies e de grupos funcionais de aves na Amazônia. Mediante observações diretas e identificações auditivas em pontos fixos, foi amostrada a avifauna em seis áreas de manejo florestal, sendo cinco exploradas em diferentes anos, 1997, 2000, 2003, 2006 e 2009, e uma não explorada. As amostragens de campo foram desenvolvidas nas temporadas de seca e chuva”. **Impactos do manejo florestal na vida das aves na Amazônia**. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/100207157/impactos-do-manejo-florestal-na-vida-das-aves-na-amazonia>> Acesso em 27.03.2017.

³⁷ Ao contrário, no seu artigo 81 alterou a redação do artigo 35 da Lei Federal 11.428/2006.

³⁸ Artigo 38-A da Lei Federal 9.605/98.

da norma constitucional e da nave-mãe legislativa ambiental – a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente –, que a eles todos se sobrepõem e contra eles todos prevalecem. Dispensável, nesse diapasão, advertir que a possibilidade de conflito somente se coloca entre duas normas que se encontrem, hierarquicamente, em pé *de igualdade*³⁹.

Em relação ao tema manejo florestal e espécies exóticas, a Lei Federal 11.428/2006 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República⁴⁰ e com a Convenção sobre Diversidade Biológica⁴¹, que estabelece a responsabilidade de cada um dos Estados em promover a proteção da biodiversidade preferencialmente *in situ* e, ainda, com a adoção de medidas de combate às espécies exóticas⁴². De fato, a inserção de espécies exóticas geram a invasão biológica, a qual é, segundo a Convenção sobre Diversidade Biológica, uma das causas centrais para a perda da biodiversidade nos ecossistemas.

Aliás, a própria Lei Federal 11.428/2006 evidencia a necessidade de controle e combate às espécies exóticas, tanto que prevê como prática preservacionista a “atividade técnica e cientificamente fundamentada, imprescindível à proteção da integridade da vegetação nativa, tal como controle de fogo, erosão, espécies exóticas e invasoras⁴³. Essa preocupação se repete na aludida Lei, pois ao tratar da coleta de subprodutos florestais e uso indireto do bioma Mata Atlântica⁴⁴, o artigo 29, inciso V, do Decreto Federal 6.660/2008, veda a introdução de espécies vegetais exóticas⁴⁵.

Se em qualquer remanescente de vegetação do bioma Mata Atlântica já há clara preocupação quanto aos impactos negativos da inserção de espécies exóticas, com ainda mais razão esse cuidado deve ser adotado no âmbito da Reserva Legal situada neste bioma. Não é por acaso que a Lei Federal 11.428/2006 prescreve em seu artigo 35 que a conservação de remanescente de vegetação do bioma Mata Atlântica, em qualquer estágio sucessional, “cumpre função social e é de interesse público, podendo, a critério do proprietário, as áreas sujeitas à restrição de que trata esta Lei ser computadas para efeito da Reserva Legal e seu excedente utilizado para fins de compensação ambiental ou instituição de Cota de Reserva Ambiental – CRA”. A interpretação ao contrário senso deste dispositivo legal conduz à impossibilidade de que a Reserva Legal no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica seja também integrada por espécies florestais exóticas.

Desta forma, para que a Reserva Legal na Mata Atlântica cumpra a condição de espaço territorial especialmente protegido com a função de garantir o mínimo de proteção à biodiversidade, à integridade do patrimônio genético e à fauna e à flora, deve-se garantir a aplicação especial das regras protetivas da Lei Federal 11.428/2006 e sua interpretação conforme a Constituição da República e a Convenção sobre a Biodiversidade, de modo restritivo no tocante às pretensões de sua exploração e considerando o princípio da precaução e o elevado índice de espécies da fauna e da flora ameaçados de extinção, assim como a subordinação da Lei Federal 12.651/2012 especialmente quanto ao manejo florestal.

39 PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012.

40 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (...)”

41 Artigo 8 - Conservação In situ - Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica, (...) d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural, (...) h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies, (...)”

42 Ademais, há centenas de estudos que demonstram o impacto da invasão biológica na biodiversidade da Mata Atlântica, o que, no mínimo, obriga-nos a aplicar o princípio da precaução. A título de exemplo: SAMPAIO, A. B.; SCHMIDT, I. B. . Espécies Exóticas Invasoras em Unidades de Conservação Federais do Brasil. Biodiversidade Brasileira, v. 3, p. 32-49, 2013; FABRICANTE, Juliano Ricardo; ARAUJO, Kelianna Carolina Targino de; ANDRADE, Leonaldo Alves de; and FERREIRA, Jéssica Viviane Amorim. *Invasão biológica de *Artocarpus heterophyllus* Lam. (Moraceae) em um fragmento de Mata Atlântica no Nordeste do Brasil: impactos sobre a fitodiversidade e os solos dos sítios invadidos*. *Acta Bot. Bras.* [online]. 2012, vol.26, n.2, pp.399-407. ISSN 0102-3306. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-33062012000200015>; Catharino, E.L.M. & Silva, V.S. 2007. Análise preliminar da contaminação biológica para manejo e conservação de três Unidades de Conservação da região metropolitana de São Paulo. In: Barbosa, L.M. & Santos-Junior, N.A. (Orgs.). A botânica no Brasil: pesquisa, ensino e políticas públicas ambientais. São Paulo: Sociedade Botânica do Brasil, p. 400-405; Ziller, S.R. & Dechoum, M.S. 2007. Degradação ambiental causada por plantas exóticas invasoras e soluções para o manejo em Unidades de Conservação de Proteção Integral. In: Barbosa, L.M. & Santos-Junior, N.A. (Orgs.). A botânica no Brasil: pesquisa, ensino e políticas públicas ambientais. São Paulo: Sociedade Botânica do Brasil, p. 356-360; MACHADO, D. N. S.; BARROS, A. A. M. . Invasão biológica na Mata Atlântica como resultado do processo histórico de ocupação no Morro das Andorinhas, Niterói (RJ).. In: 2º Simpósio Internacional de História Ambiental e Migrações., 2012, Florianópolis, SC. 2º LABIMHA - Simpósio Internacional de História Ambiental e Migrações., 2012. p. 29-50.

43 Artigo 3º, IV.

44 Art. 18. No Bioma Mata Atlântica, é livre a coleta de subprodutos florestais tais como frutos, folhas ou sementes, bem como as atividades de uso indireto, desde que não coloquem em risco as espécies da fauna e flora, observando-se as limitações legais específicas e em particular as relativas ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e de biossegurança. (Lei Federal 11.428/2006)

45 Art. 29. Para os fins do disposto no art. 18 da Lei nº 11.428, de 2006, ressalvadas as áreas de preservação permanente, consideram-se de uso indireto, não necessitando de autorização dos órgãos ambientais competentes, as seguintes atividades: (...) V- pastoreio extensivo tradicional em remanescentes de campos de altitude, nos estágios secundários de regeneração, desde que não promova a supressão da vegetação nativa ou a introdução de espécies vegetais exóticas.

2. CONCLUSÕES ARTICULADAS

- 2.1 A Lei Federal 12.651/2012, que permite em âmbito nacional a realização de manejo florestal em Reserva Legal, inclusive com propósito comercial e utilização de espécies exóticas, não pode ser aplicada incondicionalmente no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica, que possui regramento próprio (Lei Federal 11.428/2006) com parâmetros ambientais mais restritivos e proporcionais à sua condição de risco de extinção e que exige a aplicação do critério da especialidade frente ao conflito aparente de normas, além dos princípios da precaução e da vedação ao retrocesso ambiental;
- 2.2 No tocante à discussão do manejo florestal no bioma Mata Atlântica tendo como traço diferenciador os estágios de sucessão, não se vislumbra possibilidade de controvérsia quanto à impossibilidade desta prática, inclusive em área destinada à Reserva Legal, nas hipóteses de existência de vegetação primária e secundária em estágio avançado de regeneração, nos termos dos artigos 14, 20 e 21 da Lei Federal 11.428/2006;
- 2.3 No âmbito das excepcionais hipóteses de permissão de manejo florestal na Mata Atlântica em Reserva Legal, ainda que não envolva o corte de qualquer espécie florestal ameaçada ou vulnerável, o órgão público ambiental deve exigir a realização de estudos e levantamentos que demonstrem a ausência de impactos negativos ao ecossistema do qual dependem as espécies ameaçadas, uma vez que estas têm as suas sobrevivências dependentes da interação complexa com as demais espécies que habitam os remanescentes florestais;
- 2.4 Ainda na seara das excepcionais hipóteses de permissão de manejo florestal na Mata Atlântica em Reserva Legal, deve-se entender como vedada a inserção de espécies de vegetação exótica nas áreas de Reserva Legal situadas na abrangência do bioma Mata Atlântica;

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história da devastação da Mata Atlântica brasileira**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/tag/atlas-dos-remanescentes-florestais-da-mata-atlantica>> Acesso em: 27.03.2017.
- GAIO, Alexandre. **Lei da Mata Atlântica Comentada**. São Paulo: Editora Almedina, 2014.
- OBSERVATÓRIO ECO. **Impactos do manejo florestal na vida das aves na Amazônia**. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/100207157/impactos-do-manejo-florestal-na-vida-das-aves-na-amazonia>> Acesso em 27.03.2017.
- SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. *Revista de Direito ambiental*, São Paulo, n.40, p.83, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

*OS ATERROS SANITÁRIOS DE
PEQUENO PORTE E O LICENCIAMENTO
AMBIENTAL SIMPLIFICADO:
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA
RESOLUÇÃO CONAMA 404/2008 E DA
RESOLUÇÃO CEMA/PR 094/2014¹*

ALEXANDRE GAIO²

LETÍCIA UBA DA SILVEIRA MARASCHIN³

CASSIANA RUFATO CARDOSO⁴

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2003, atualmente em exercício no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo (CAOPMAHU).

³ Mestre em Desenvolvimento de Tecnologia (PRODETEC). Engenheira Ambiental pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Engenheira Ambiental (Assistente 1 C) do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo.

⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo.

1. EXPOSIÇÃO

A problemática dos aterros sanitários e dos seus impactos socioambientais é uma constante no país, o que demonstra a importância de regulares processos de licenciamento ambiental para a adequada análise de sua viabilidade locacional e ambiental, assim como da hígida instalação e operação dessas atividades dotadas de significativo potencial degradador, independentemente da quantidade de toneladas de resíduos a serem recebidas diariamente.

A presente exposição discute a (i)legalidade e (in)constitucionalidade da dispensa de EPIA/RIMA para a instalação e ampliação de aterros de pequeno porte (até 20 toneladas/dia) prevista na Resolução 404/2008 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e na Resolução 094/2014 do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Paraná (CEMA/PR).

1.1. Do Licenciamento Ambiental dos Aterros Sanitários: a Exigência Constitucional e Legal de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental.

O licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), previsto em seu artigo 9º, inciso IV, cujo objetivo precípua é agir preventivamente para a proteção do meio ambiente. Assim, a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”⁵.

O licenciamento ambiental reflete o exercício do poder de polícia⁶ do Poder Público em relação aos empreendimentos e atividades potencialmente poluidoras, com fundamento nos artigos 5º, XXIII, 170, VI, 182, 186 e 225 da Constituição da República, que tratam do condicionamento do direito de propriedade à sua função social, da livre iniciativa econômica à proteção ambiental, bem como do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No caso de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso IV, a Constituição da República impõe ao Poder Público, como forma de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a exigência, na forma da lei, de EIA (Estudo de Impacto Ambiental), a que se dará publicidade⁷.

A Resolução CONAMA 1/86, em seus artigos 1º⁸ e 2º⁹, respectivamente, conceitua impacto ambiental e define, em rol meramente exemplificativo¹⁰, as hipóteses em que a significância de tal impacto é presumida para fins de exigibilidade de EPIA/RIMA. Mesmo nas hipóteses não expressamente previstas na Resolução CONAMA 1/86 ou em outro ato normativo federal, estadual ou municipal, mas que o empreendimento ou atividade tenha significativo potencial degradador do meio ambiente,

⁵ Artigo 10, *caput*, da Lei 6.938/81.

⁶ O artigo 78 do Código Tributário Nacional define poder de polícia como “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

⁷ Herman Benjamin e Milaré bem sintetizam a função do EIA: “Por isso, é correto dizer que a tarefa principal do EIA é, exatamente limitar, no âmbito do licenciamento ambiental, este “resíduo de liberdade” da Administração Pública. A imposição legal de novos critérios apreciativos, por esse enfoque, nada mais é que uma forma moderna de controle da discricionariedade administrativa sob um pretexto recente: a proteção do meio ambiente. Além disso, procura-se, com sua adoção, “reverter arraigado e peculiar hábito de nosso povo de apenas correr atrás dos fatos, não se antecipando a eles - a tranca só é colocada na porta depois de arrombada!” (MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 89-93).

⁸ “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais”.

⁹ “Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso I, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia”.

¹⁰ Trata-se de rol meramente exemplificativo, eis que, como bem observou José Afonso da Silva: “qualquer que seja a obra ou a atividade, pública ou particular, que possa apresentar riscos de degradação significativa do meio ambiente fica sujeita à sua prévia elaboração” (...) “porque a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de estudo de impacto ambiental”. (SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 289).

a apresentação do EIA/RIMA se torna obrigatória, não tendo o Poder Público, autorização constitucional para dispensá-lo¹¹.

Veja-se que a Resolução CONAMA 01/86 continua em vigência e estabelece expressamente em seu artigo 2º, inciso X, que:

dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;

É o EPIA/RIMA o instrumento legal próprio para a aferição da viabilidade socioambiental do empreendimento cujo potencial poluidor seja significativo – havendo presunção normativa de tal potencial poluidor – pois é este o documento ambiental próprio, em razão de seu conteúdo obrigatório, a teor do disposto nos artigos 5º e 6º da Resolução CONAMA 1/86 – para a avaliação completa de seus aspectos socioambientais, dentre eles, no mínimo¹²: o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, com a descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, considerando o meio físico, o meio biológico e os ecossistemas naturais (fauna e flora), o meio socioeconômico; a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas locais e tecnológicas, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto (opção zero) através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos e a elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos.

Não se resume o EPIA/RIMA à mera técnica formal de apreciação dos impactos ambientais de um determinado projeto, devendo por isso repercutir diretamente no conteúdo e qualidade da decisão administrativa final. É somente a sua exigência, com um conteúdo profundo e abrangente o bastante para permitir o perfeito conhecimento das condições socioambientais preexistentes ao empreendimento, das reais dimensões dos impactos que este pode causar e da eficácia das medidas preventivas e mitigadoras propostas, que ensinará ao órgão ambiental um quadro de informações técnicas completas e precisas acerca de todas essas circunstâncias, somente a partir das quais lhe será possível concluir pela viabilidade ou inviabilidade ambiental do projeto e, portanto, por seu licenciamento, ou não. Veja-se, ainda, que a mesma Resolução do CONAMA prevê a participação, na discussão do EPIA/RIMA, dos setores públicos e privados interessados e da população em sede de audiências públicas¹³

Desta forma, entende-se que os órgãos públicos ambientais não possuem discricionariedade para dispensar a exigência de EPIA/RIMA, na medida em que Resolução CONAMA 01/86 a determina expressamente, justamente em obediência ao comando da Constituição da República. Deve-se lembrar, ademais, que a exigência de realização do EPIA/RIMA também se situa no âmbito das Constituições Estaduais, tais como a do Estado do Paraná¹⁴.

Os nossos Tribunais assentaram Jurisprudência sobre a obrigatoriedade de realização de EPIA/RIMA no licenciamento de aterros sanitários:

Ação civil pública. Implantação de aterro sanitário. Dispensa do estudo prévio de impacto ambiental devido à baixa quantidade de resíduos domiciliares produzidos. Ilegalidade. Elaboração de estudo para as obras potencialmente poluidoras exigido pela legislação federal. Irrelevância da quantidade de lixo produzido e da dispensa autorizada pelo Instituto Ambiental do Paraná. Necessária a elaboração do estudo, ainda que posterior ao início das obras, para que se prevejam os possíveis danos e para que se adotem medidas prévias para amenizá-los, se necessário. Determinação para a apresentação do estudo à população em 90 dias, sem embargo das atividades do aterro sanitário, sob pena de multa diária. Ação procedente. Apelação e reexame necessário. Desprovimento.¹⁵

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO DE ATERRO SANITÁRIO FEITA COM DISPENSA DE EIA/RIMA. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL APENAS A FIM DE ANULAR AS LICENÇAS (PRÉVIA E DE INSTALAÇÃO) JÁ CONCEDIDAS. (...) DESARMONIA ENTRE AS NORMATIVAS ESTADUAIS E O ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

¹¹ Veja-se, neste teor, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 182 § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Estudo de impacto ambiental. Contrariedade ao art. 225, § 1º, IV, da Carta da República A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inc. IV do § 1º do art. 225 da CF/1988. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque” (Supremo Tribunal Federal (STF). ADIn 1.086-7/SC, Seção I, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.10.2001).

¹² O órgão público ambiental pode e deve estabelecer aspectos adicionais a serem contemplados no EIA/RIMA de acordo com a tipologia do empreendimento e as alternativas locais apresentadas, o que deve ocorrer a partir de um termo de referência com todas as exigências necessárias.

¹³ Artigo 11 da Resolução CONAMA 01/86.

¹⁴ Constituição do Estado do Paraná - Art. 207- (...) § 1º - Cabe ao Poder Público, na forma da lei, para assegurar a efetividade deste direito: (...) V - exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de atividades ou obras potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, do qual se dará publicidade;

¹⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª C. Cível. Apelação Cível nº 136340-4. Rolândia. Rel.: Ângelo Zattar. J. 30.04.2003.

ATOS NORMATIVOS QUE CRIAM VERDADEIROS ESPAÇOS DE NÃO INCIDÊNCIA DE NORMA CONSTITUCIONAL. REGRAS ESTADUAIS QUE IMPLICAM EM UMA MITIGAÇÃO DOS PARÂMETROS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DEFINIDOS CONSTITUCIONALMENTE. RECURSO COM TRÂMITE SUSPENSO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.^{16 17}

1.2. Dos aterros sanitários de pequeno porte e da antijuridicidade do seu licenciamento simplificado: uma análise da Resolução CONAMA nº 404/2008.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente, por meio da Resolução 404, de 11/11/2008, estabeleceu critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos, com o intuito de simplificar o procedimento de Licenciamento Ambiental.

Expõe em seu artigo 1º, §1º, que aterros sanitários de pequeno porte são aqueles com disposição diária de até 20 t (vinte toneladas) de resíduos sólidos urbanos¹⁸, limitado a uma única unidade por sede municipal ou distrital e no artigo 2º, afirma que para esse tipo de empreendimento não será exigida a apresentação de EIA/RIMA, a não ser que o órgão ambiental competente verifique que o aterro proposto é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

Ainda, segundo o art. 3º desta Resolução, nesses aterros sanitários é admitida a disposição final de resíduos sólidos domiciliares, de resíduos de serviços de limpeza urbana, de resíduos de serviços de saúde, bem como de resíduos sólidos provenientes de pequenos estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços, desde que não sejam perigosos, conforme definido em legislação específica, notadamente a norma técnica ABNT NBR 10.004:2004, e que tenham características similares aos gerados em domicílios, bem como aos resíduos de serviços de saúde que não requeiram tratamento prévio à disposição final, conforme Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 306/2004 e Resolução CONAMA 358/2005.

O artigo 5º da mesma Resolução enfatiza que o órgão ambiental competente poderá definir os procedimentos complementares para o licenciamento ambiental, os quais deverão ser aprovados pelo respectivo Conselho de Meio Ambiente.

No âmbito do Estado do Paraná, partindo desta premissa, o Conselho Estadual do Meio Ambiente, através da Resolução CEMA 094/2014, estabeleceu diretrizes e critérios orientadores para o licenciamento e outorga, projeto, implantação, operação e encerramento de aterros sanitários, assim como dispôs, em seu artigo 4º, que os aterros sanitários com disposição diária de até 20 toneladas de resíduos sólidos urbanos devem apresentar, no âmbito do requerimento de Licença Prévia¹⁹, um Relatório Ambiental Preliminar, dispensando-se também o EPIA/RIMA.

Entretanto, a aplicação da Resolução CONAMA 404/2008 e da Resolução CEMA 094/2014 afronta claramente o art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, que obriga do Poder Público “*exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental (...)*”.

Deveras, a Resolução CONAMA 01/86, que regulamenta o EPIA/RIMA, prevê expressamente o aterro sanitário como empreendimento de impacto ambiental, estabelecendo, assim, uma presunção da existência de impacto deste tipo de atividade, independentemente da sua capacidade. Desta forma, a Resolução CONAMA 404/2008 enfraquece a garantia de EPIA/RIMA na medida em que dispensa sem qualquer fundamento técnico o estudo em alguns casos, indo de encontro à previsão constitucional e à infraconstitucional.

Neste particular, não se pode olvidar que em eventual conflito normativo entre duas legislações ambientais vigora o princípio *in dubio pro natura*, segundo o qual deve prevalecer a norma que melhor protege o meio ambiente.

Consoante raciocínio de Paulo José de Farias Leite:

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR). 4ª C.Cível. Apelação Cível. 949676-0. Rio Branco do Sul - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima. Unânime. J. 05.03.2013.

¹⁷ Neste sentido também os seguintes julgados: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Órgão Especial. Agravo de Instrumento nº 1490576-5. Curitiba. Rel.: Ana Lúcia Lourenço. Unânime. J. 05.09.2016. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 5ª C.Cível. Apelação Cível nº 1400148-4. Região Metropolitana de Maringá. Foro Regional de Marialva. Rel.: Carlos Mansur Arida. Unânime. J. 22.09.2015. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 4ª C.Cível. Agravo de Instrumento nº 480088-6. Palmeira. Rel.: Albino Jacomel Guerios. Unânime. J. 29.11.2011.

¹⁸ Essa definição é ratificada pela norma técnica ABNT NBR 15849:2010 que define aterro sanitário de pequeno porte como “aterro sanitário para disposição no solo de resíduos sólidos urbanos, até 20 t/dia ou menos, quando definido por legislação local, em que, considerados os condicionantes físicos locais, a concepção do sistema possa ser simplificada, adequando os sistemas de proteção ambiental sem prejuízo da minimização dos impactos ao meio ambiente e à saúde pública”. Esta norma ainda define critérios técnicos para a construção e operação destes empreendimentos.

¹⁹ Conforme artigo 8º da Resolução CONAMA 237/97: Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças: I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

pelos já citados §§ 1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, fortiori ratiōne, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (in dubio pro natura). Assim, o princípio in dubio pro natura deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente²⁰.

Observa-se ainda que, em se comparando as duas normas do CONAMA (01/86 e 404/2008), há evidente violação da proibição de retrocesso ambiental, insculpido no *caput* do artigo 225 da CR/88 no tocante à prevenção dos impactos dos aterros sanitários, vez que a nova Resolução enfraquece sobremaneira a proteção antes dada com a avaliação e mensuração destes impactos por meio de EPIA/RIMA. E a Resolução CEMA/PR 094/2014 acaba por ecoar este retrocesso.

De fato, além de gerar significativos riscos ao ambiente, haja vista a dispensa de EPIA/RIMA para tratar de empreendimento da envergadura de aterros sanitários, mesmo estes sendo de pequeno porte, a aplicação da Resolução CONAMA 404/2008 e da Resolução CEMA 094/2014 acaba por flexibilizar todos os cuidados necessários para a análise de viabilidade locacional e ambiental, assim como para a sua instalação e operação, dando azo a promoção de danos socioambientais irreversíveis. Salienta-se que, dependendo dos hábitos e do sistema de gestão adotado, esta disposição diária de resíduos sólidos equivale a uma população de 25 a 30 mil habitantes.

Os impactos relativos ao gerenciamento dos resíduos sólidos, independente do porte do aterro sanitário, estão relacionados principalmente às emissões atmosféricas do aterro (CO, CO₂, CH₄, H₂S, HC, NH₃, etc.), emissão de material particulado e consequente alteração da qualidade do ar, geração de lixiviado²¹, podendo causar contaminação da água e do solo, geração de odor, danos à propriedade (uso e ocupação de solo), proliferação de vetores transmissores de doenças, redução da disponibilidade de recursos naturais, dentre outros.

Evidencia-se, deste modo, que a capacidade do aterro sanitário não se mostra como o parâmetro mais preciso para a aferição do impacto ambiental, uma vez que qualquer aterro, por menor que seja, gera significativo impacto ambiental e, se não houver gerenciamento adequado, poderá causar também contaminação. Embora o impacto varie conforme a quantidade de tonelada/dia, a capacidade do aterro é mais determinante para a verificação da vida útil do aterro que propriamente a mensuração do seu significativo impacto, que sempre ocorrerá, mesmo que em diferentes magnitudes. Veja-se, em mero título de ilustração, que um aterro sanitário que recebe 20 toneladas dia, receberá 7.300 toneladas ano e 73.000 toneladas em uma década, ao passo que um aterro sanitário que recebe 40 toneladas dia, receberá as mesmas 73.000 toneladas em um quinquênio, o que gera significativos impactos e degradações equivalentes, embora com diferentes tempos de vida útil. Assim, fica clara a fragilidade do critério estabelecido pela legislação (Resoluções CONAMA 404/2008 e CEMA 094/2014) para a dispensa do Estudo de Impacto Ambiental.

Além disso, a norma NBR 15849:2010, apesar de estabelecer condições para proteção dos corpos hídricos superficiais e subterrâneos, ar, solo, saúde e bem-estar das populações vizinhas, dispensa em alguns casos²² de modo temerário o revestimento de impermeabilização de fundo para proteção do subsolo e do lençol freático contra a infiltração do lixiviado (item 5.3.1, tabela), mesmo para subsolo com permeabilidade de cerca de 10⁻⁴ cm/s, valor típico de solo arenoso, o que pode provocar impactos ambientais significativos a longo prazo. Mais, a referida NBR ainda exime indevidamente o empreendedor da obrigação de instalar o sistema de drenagem de gases se a altura final do aterro não ultrapassar três metros ou a fração orgânica for menor que 30%. (item 5.3.3, tabela), sem qualquer previsão de mecanismos de controle ambiental. Apesar de a NBR 15849:10 visar à simplificação da tecnologia de disposição final de resíduos sólidos, tais pontos tergiversam a obrigatoriedade de proteção mínima da qualidade ambiental e no mínimo são questionáveis junto ao meio técnico-científico, pois as variáveis analisadas não são suficientes para a avaliação da realidade de todos os municípios brasileiros, e não há restrições quanto à evolução da geração de resíduos sólidos urbanos no aterro licenciado.

Nesta toada, é importante observar que a Resolução CONAMA 404/2008 não parte de pressupostos de natureza técnica para estabelecer a dispensa de EPIA/RIMA para aterros de pequeno porte. Com efeito, uma análise detida dos considerandos desta Resolução denota que a permissão de não realização do EPIA/RIMA se funda substancialmente “[n]as dificuldades que os municípios de pequeno porte enfrentam na implantação e operação de aterro sanitário de resíduos sólidos, para atendimento às exigências do processo de licenciamento ambiental”²³ do que propriamente em uma demonstração técnica da suposta ausência de impacto ambiental deste tipo de empreendimento.

²⁰ FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 356.

²¹ Lixiviado: líquido resultante da infiltração de águas pluviais no maciço de resíduos, da unidade dos resíduos e da água de constituição de resíduos orgânicos liberada durante sua decomposição no corpo do aterro sanitário.

²² A depender das condições climáticas, da profundidade do nível freático e da fração orgânica dos resíduos.

²³ BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Resolução CONAMA 404/2008. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008.

Este aspecto apenas reforça a afronta direta ao comando da Constituição da República acima mencionado (art. 225, §1º, inciso IV), vez que não há na Resolução CONAMA 404/2008 qualquer indicativo técnico para elidir a presunção de significativo impacto ambiental do aterro sanitário constituída pela Resolução CONAMA 01/86 e, por sua vez, afastar a exigência do EIA/RIMA.

A Resolução CEMA 094/2014 e a NBR 15849:10 tampouco suprem essa ausência de fundamentação técnica para a dispensa do EPIA/RIMA; pelo contrário, apenas reiteram as disposições da Resolução CONAMA 404/2008 e desvirtuam a essência e os parâmetros mínimos de controle do licenciamento ambiental de uma atividade dotada de significativo impacto poluidor.

1.3. Da ilegalidade das ampliações dos aterros sanitários de pequeno porte.

É sabido que não somente as atividades potencialmente poluidoras devem passar pelo processo de licenciamento ambiental, mas também os processos de ampliação das instalações ou do empreendimento que possam causar degradação ambiental.²⁴

Com efeito, o artigo 1º, inciso I, da já mencionada Resolução CONAMA 237/97 coloca a ampliação de empreendimentos dentre as atividades que estão sujeitas ao licenciamento ambiental.²⁵ Da mesma forma, o artigo 10 da Lei Federal 6.938/81 prevê a necessidade de licenciamento da ampliação do empreendimento previamente licenciado, assim consignando: *“A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”*

No caso da ampliação de aterros de pequeno porte, a Resolução 404/2008 do CONAMA é omissa em relação ao procedimento de licenciamento da ampliação do aterro ou à eventual existência de requisitos para a sua realização, embora tal prática seja comum na experiência paranaense. Há tão somente a previsão no 1º §2º de que *“nas localidades onde exista um incremento significativo na geração de resíduos pela população flutuante ou sazonal, esta situação deve ser prevista no projeto, o qual deverá contemplar as medidas de controle adicionais para a operação do aterro”*. Entretanto, não especifica quais são estas medidas de controle, nem qual o valor desse incremento. Da mesma forma, nem a NBR 15849:10 nem a Resolução CEMA 094/2014 preveem o incremento de geração de resíduos, seja por meio de consórcio com outro município ou pela população flutuante ou sazonal, o que possibilita que o município ou empreendedor realize ampliações no aterro sem a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental.

Não se pode deixar de notar, todavia, os enormes riscos que desaconselham essa postura, sobretudo se considerados os aspectos já mencionados.

Deveras, da mesma forma que o licenciamento de aterros de pequeno porte sem a realização de EPIA/RIMA já configura, por si só, uma afronta à legislação ambiental e à Constituição da República de 1988 e um risco socioambiental, a ampliação dos aterros atualmente em funcionamento se apresenta como uma perpetuação desta ilegalidade e de suas consequências ao meio ambiente. Conforme já foi evidenciado, somente o EPIA/RIMA seria capaz de avaliar e dimensionar os impactos socioambientais dos aterros, de forma que ampliá-los sem que tivessem passado por esta etapa fatalmente estenderia danos não avaliados aos recursos ambientais envolvidos e à população do entorno.

Além disso, nota-se que o licenciamento do aterro de pequeno porte seguido do pedido de ampliação apresenta-se como prática que visa, em verdade, à burla do licenciamento ambiental tradicional nos moldes das Resoluções 01/86 e 237/1997 e do CONAMA. Ainda que fosse lícito o licenciamento destes aterros com a dispensa de EPIA/RIMA, como quer a Resolução CEMA 094/2014, o que se considera apenas para argumentar, a posterior ampliação permite, na prática, a implantação de um aterro de tonelagem muito superior a 20 t/dia sem qualquer avaliação dos impactos pelo estudo. Mesmo que houvesse posteriores estudos de impacto para a ampliação, não haveria como avaliar adequadamente as alternativas locais ou prevenir danos a espaços ambientais protegidos, uma vez que esses riscos são avaliados previamente à definição da localização do aterro.

Não obstante, é importante ressaltar que, por si só, a **ampliação do aterro é uma prática indesejável do ponto de vista ambiental, mesmo que houvesse regulamentação, o que não é o caso. Com efeito, com o encerramento da vida útil do aterro – cujo máximo permitido varia de aterro para aterro – o ideal é que ocorra o seu fechamento e não a permissão para a sua sobrevida e ampliação, sobretudo se o aterro foi projetado sem a realização de EPIA/RIMA. A ampliação, neste caso, além de confirmar os danos em local possivelmente inapropriado, burla o processo de escolha de alternativas locais de possível novo aterro, já que haveria tendência pela escolha de área já degradada pelo aterro já existente, que não deve ser reaproveitado.**

²⁴ FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pág. 53.

²⁵ “Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (...)”

2. CONCLUSÃO ARTICULADA

- 2.1 Os aterros sanitários são empreendimentos/atividades dotados de significativo potencial degradador do meio ambiente e, nessa condição, o licenciamento ambiental deve contemplar a realização de EPIA/RIMA, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República, e do artigo 2º, X, da Resolução CONAMA 01/86;
- 2.2 A Resolução CONAMA nº 404/2008 e a Resolução CEMA/PR 094/2014, que estabelecem licenciamento ambiental simplificado com dispensa da realização de EPIA/RIMA para aterros sanitários de pequeno porte (20 t/dia), não possuem substrato técnico para fundamentar a flexibilização de procedimento, implicam em retrocesso ambiental e violam a Constituição da República;
- 2.3 A ampliação de aterros sanitários considerados de pequeno porte licenciados sem a realização de EPIA/RIMA implicam na perpetuação de impactos socioambientais e de ilegalidades e burla ao regular processo de licenciamento ambiental;

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15849: Resíduos sólidos urbanos – Aterros Sanitários de pequeno porte. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Resolução CONAMA 404/2008. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 356.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

PARANÁ. Conselho Estadual de Meio Ambiente. Resolução CEMA nº 094/2014. Estabelece **diretrizes e critérios orientadores para o licenciamento e outorga, projeto, implantação, operação e encerramento de aterros sanitários**, visando o controle da poluição, da contaminação e a minimização de seus impactos ambientais e dá outras providências. Diário Oficial Executivo, Paraná, PR, 07 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADIn 1.086-7/SC, Seção I, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.10.2001.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 4ª C.Cível. Agravo de Instrumento nº 480088-6. Palmeira. Rel.: Albino Jacomel Guerios. Unânime. J. 29.11.2011.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 5ª C.Cível. Apelação Cível nº 1400148-4. Região Metropolitana de Maringá. Foro Regional de Marialva. Rel.: Carlos Mansur Arida. Unânime. J. 22.09.2015

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Órgão Especial. Agravo de Instrumento nº 1490576-5. Curitiba. Rel.: Ana Lúcia Lourenço. Unânime. J. 05.09.2016

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR). 4ª C.Cível. Apelação Cível. 949676-0. Rio Branco do Sul - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima. Unânime. J. 05.03.2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) 2ª C.Cível. Apelação Cível nº 136340-4. Rolândia. Rel.: Ângelo Zattar. J. 30.04.2003.

*O REASSENTAMENTO COLETIVO E A
INDENIZAÇÃO JUSTA DAS
POPULAÇÕES ATINGIDAS E
EXPROPRIADAS POR BARRAGENS*¹

ANA PAULA PINA GAIO²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos. Especialização em Direito Público com Ênfase em Direito Administrativo na UF/PR. Especialização em Direito Penal e Processo Penal na Unicuritiba/PR. Mestre em Direito na PUC/PR.

1. INTRODUÇÃO

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) instituído no ano de 2007, e a sua segunda fase lançada no ano de 2011 (PAC 2), teve como um dos seus eixos a melhoria da infraestrutura energética do País, com um grande aporte de investimentos para a implementação de projetos energéticos.

A implementação dos projetos energéticos foi tida como uma essencial propulsora à aceleração do desenvolvimento e, portanto, deveria ser facilitada pelo Governo, entretanto, o Poder Público foi alvo de diversas críticas em razão de uma dita “morosidade” dos órgãos ambientais na concessão dos licenciamentos ambientais.

O Governo, então, passou a adotar medidas agilizadoras dos licenciamentos ambientais, dentre outras, as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) cuja instalação (com implantação normalmente vinculada a um licenciamento ambiental baseado em estudos insuficientes, tal como o Relatório Ambiental Simplificado - RAS) depende apenas de um relatório ambiental simplificado (RAS), com questionável dispensa da realização do EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatórios de Impacto Ambiental), privilegiando os interesses do capital em detrimento do meio ambiente e da população atingida pela implementação desses empreendimentos, em geral, ribeirinhos, indígenas e comunidades tradicionais.

Por óbvio que a postura flexibilizadora dos licenciamentos ambientais para projetos que causam grandes impactos ao meio ambiente e inegáveis impactos sociais à população que se encontra no seu entorno denota um movimento indevido para impor a condição de subalternidade de ambos, ou seja, o meio ambiente deve se adequar ao empreendimento energético e a população atingida deve se submeter aos impactos sociais negativos, e por vezes, à remoção forçada que o seu funcionamento impõe.

Embora o atual processo de licenciamento ambiental também sofra críticas por não garantir efetivamente a participação social e demande certa reestruturação, atualmente, é o único sistema que contempla a consulta pública aos estudos e relatórios ambientais e a realização de audiência pública obrigatória.

Nesse panorama de apropriação da natureza pelo capital e de submissão das populações vulneráveis às estruturas hegemônicas de poder, em nome de um “desenvolvimento sustentável”, é que se delinea a presente tese, no intuito de garantir às populações atingidas pelas barragens e sujeitas à remoção forçada do seu território uma solução que lhes garantam, ao menos, o mínimo de dignidade e qualidade de vida.

O aparelho de hegemonia não se restringe à estrutura do Estado e às elites, sendo que engloba também o discurso social, político e cultural com a finalidade de subordinação de todo o social e, conseqüentemente, com a exclusão dos grupos subalternos, aos quais se nega acesso às estruturas de poder.³

Hodiernamente, ainda que o processo de licenciamento ambiental vigente determine a participação social, a hegemonia no campo ambiental acaba por inviabilizar as populações atingidas pelo empreendimento energético, de forma que essas não participam ativamente do processo, o que demanda a atuação do Ministério Público para que sejam garantidas a essas populações as condições de participação efetiva nos processos decisórios.

2. CONFLITOS AMBIENTAIS TERRITORIAIS NO LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS

Conforme Klemens Laschefski, a expansão de grupos privilegiados em prejuízo de grupos marginalizados gera conflitos ambientais que podem ser territoriais, espaciais ou distributivos, sendo que os primeiros são os que geram mais dificuldades de solução através de processos participativos:

Os conflitos ambientais podem ser territoriais, como no caso de remoção dos atingidos, sem que se ofereçam condições adequadas para a reprodução das suas relações sócio-ambientais; ou espaciais, nos casos da poluição sonora, gasosa ou aquática e residual, as quais afetam a qualidade de vida das pessoas no local. Uma terceira categoria refere-se aos conflitos ambientais distributivos, que evidenciam as assimetrias no acesso aos benefícios oriundos da apropriação dos recursos e serviços ambientais. (...) Os conflitos ambientais territoriais, portanto, são aqueles que representam o maior desafio em relação a sua resolução através de processos participativos, como previstos no sistema de licenciamento ambiental. Isso porque as territorialidades de grupos sociais, ou seja, os modos diferenciados de apropriação simbólica

³ LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). As Tensões do Lugar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

e material do meio ambiente, envolvem justamente modos distintos de ver o mundo ou de “produzir” o espaço que, quando materializados no espaço concreto, se revelam incompatíveis.⁴

A apropriação do meio ambiente pelo empreendedor e pelos atingidos pelo empreendimento energético é distinta, já que para o primeiro impera o sistema capitalista industrial, no qual o meio ambiente e o meio social estão dissociados entre si, e o empreendimento que será instalado impõe que o meio ambiente a ele se adéque, enquanto que, para os últimos o meio ambiente integra o meio social, sendo que as terras são utilizadas de forma a garantir a regeneração ambiental.

Do mesmo modo, a territorialidade dos grupos sociais atingidos, em regra, ribeirinhos, indígenas e quilombolas, que detêm especificidades socioculturais, envolve uma forte identidade com o lugar onde vivem, o modo de organização social da comunidade e as relações estabelecidas com o meio ambiente, razão pela qual, em regra, o modelo de reassentamento e as indenizações propostas nos EIA-RIMAs não são tidos como adequados e geram conflitos de difícil solução nos processos de licenciamento.

De fato, para o setor elétrico tudo se resume ao número de propriedades e ao valor monetário que essas possuem, pois detém uma visão de territorialidade abstrata direcionada à viabilidade da implementação do projeto hidrelétrico:

A representação que o Setor Elétrico produz sobre o local resulta na noção de viabilidade do projeto hidrelétrico construída a partir da inviabilização dos custos sociais do empreendimento e do silenciamento dos agentes locais por meio da recusa em reconhecer sua mobilização política. Nesse processo, a proposição de medidas mitigadoras e compensatórias se torna um mecanismo de viabilização política dos projetos, porque opera o esvaziamento da complexidade das formas locais de relação com o território, as quais são traduzidas por um conjunto de imóveis rurais passíveis de indenização e remanejamento. A partir dessa operação, os custos sociais e sentidos locais incomensuráveis são traduzidos em linguagem única do valor monetário.⁵

O Ministério Público deve sempre ter em mente essas racionalidades distintas quando intervém nas negociações de um processo de licenciamento ambiental, especialmente na hipótese de expropriação forçada dos atingidos pelas barragens, a fim de buscar a melhor opção de reassentamento e a integral indenização pelos danos materiais e morais causados pela instalação do empreendimento.

O Programa de Remanejamento e Indenização da População Atingida pelo empreendimento integra o Plano Básico Ambiental (PBA), o qual é aprovado pelo órgão licenciador e consiste em condicionante para a concessão e manutenção do licenciamento ambiental.

A instituição do Programa de Remanejamento e Indenização tem prazo de execução e etapas definidas no PBA, sendo que a licença de operação⁶ não poderá ser concedida até que esteja concluído, entretanto, percebe-se que nem sempre é conferido o direito de opção ao atingido pelo reassentamento coletivo e que a indenização proposta circunscreve-se ao valor de mercado da propriedade, sem que se considere o valor afetivo que tem o local para a população atingida.

3. O REASSENTAMENTO COLETIVO COMO 1ª OPÇÃO E A INDENIZAÇÃO INTEGRAL

A legislação brasileira com enfoque nos direitos das populações atingidas pelas barragens dos empreendimentos energéticos é quase inexistente, não obstante se encontrem em trâmite na Câmara dos Deputados 05 (cinco) Projetos de Lei, os quais foram apensados e aguardam, desde 18 de novembro de 2015, a criação de Comissão Especial, conforme o art. 34, inciso II, do Regimento Interno⁷. São eles:

⁴ LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). As Tensões do Lugar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 29

⁵ TEIXEIRA, Raquel Oliveira Santos Teixeira. A “Rua” e o “Nosso Lugar”. In: ZHOURI, Andrea (Org.). As Tensões do Lugar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 144.

⁶ Resolução Conama n.º 237, de 19 de dezembro de 1997:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

- I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
- II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
- III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

⁷ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358267>. Acesso em 28.03.2017.

- a) Projeto de lei n.º 1.486/2007: estabelece a obrigatoriedade da assistência social às populações de áreas inundadas.
- b) Projeto de lei n.º 6091/2013: dispõe sobre a indenização devida aos proprietários de terras a serem inundadas para a construção de usinas hidrelétricas
- c) Projeto de lei n.º 29/2015: institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB)
- d) Projeto de lei n.º 3598/2015: determina a elaboração e publicação dos laudos técnicos sobre barragens, represas ou obras de grande porte
- e) Projeto de lei n.º 3976/2015: que acrescenta parágrafo único ao artigo 22 da lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010 para responsabilizar o agente público que der causa a descumprimento das determinações previstas pela Política Nacional de Segurança das Barragens.

O Projeto de lei n.º 29/2015 que institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) trata da questão do reassentamento coletivo e da indenização pelos danos morais causados pelo empreendimento no seu artigo 3º, inciso I e parágrafo único.⁸

No referido dispositivo do Projeto de Lei, determinam-se as espécies de reparação, que inclui necessariamente a possibilidade de reassentamento coletivo para favorecer os laços culturais e de vizinhança existentes na situação original.

Com relação às espécies de reparação, são previstas a reposição, a indenização, a compensação e a compensação social. A compensação social seria um benefício material acrescido às outras três formas de reparação, como forma de reparar situações imensuráveis ou de difícil mensuração, como o rompimento de laços familiares, culturais, redes de apoio social, mudanças de hábitos, destruição de modos de vida comunitários, danos morais e abalos psicológicos, dentre outros.

O fato do Projeto de Lei referido ainda não ter sido aprovado e de não existir legislação que determine expressamente a obrigatoriedade do empreendedor respeitar o direito da população atingida ao reassentamento coletivo e à indenização integral que inclua todas as perdas, materiais e imateriais, sofridas pela instalação do empreendimento, não significa que ambos os direitos sejam inexigíveis por ora.

Ao contrário, tais deveres devem ser atribuídos, desde logo, ao empreendedor pois decorrem da interpretação constitucional do artigo 6º da Constituição Federal, dos documentos internacionais que disciplinam o tema, bem como dos pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos e pela Relatoria Especial da ONU para moradia adequada.

Há exemplos de acordos realizados em empreendimentos hidrelétricos nos quais o direito ao reassentamento coletivo foi assegurado, sendo o mais emblemático deles, o Acordo de Itá firmado entre o CRAB (Comissão Regional de Atingidos por Barragens) e a Eletrosul que gerou o documento “Diretrizes e Critérios para planos e projetos de reassentamentos rurais de populações atingidas pelas usinas hidrelétricas de Itá e Machadinho”. O ajuste estabelecido com a Eletrosul determinou a possibilidade de escolha entre reassentamento ou justa indenização financeira para as famílias e, no caso de reassentamento, houve a opção entre soluções coletivas ou individuais. Outros exemplos de conquistas pelos atingidos por barragens foram Salto Caxias (PR), Itaparica (BA) e Barra Grande (RS e SC), no entanto, com o avanço da privatização do setor elétrico no Brasil as negociações ficaram mais difíceis com um evidente retrocesso na garantia dos direitos das populações atingidas por barragens.⁹

O artigo 6º da Constituição Federal¹⁰ prescreve que a moradia é um direito social e, portanto, o exercício desse direito pelo cidadão deve ser garantido pelo Estado, de forma direta ou indireta, através de prestações positivas e de políticas públicas, capazes de garantir qualidade de vida e equalizar situações sociais desiguais.

O conteúdo do direito à moradia não se restringe à habitação, pois está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, demanda a existência de condições adequadas de higiene e conforto, bem como aptidão para a preservação da intimidade e da privacidade familiar. Odoné Serrano Junior explicita:

A adequação da moradia é uma condicionante de uma vida digna, estando ligada a aspectos materiais e imateriais. Dispor de um lugar com certa exclusividade serve tanto como abrigo das intempéries e proteção contra ataques de outros seres vivos, propiciando momentos de paz e tranquilidade para o descanso do corpo e da alma, quanto para assegurar um espaço próprio de intimidade/privacidade, imprescindível para exercício de uma vida privada e/ou familiar, fazendo desse ambiente um lar.

Essa situação, reconhecida pelo ordenamento jurídico, faz da moradia um bem extrapatrimonial, isto é um bem da personalidade, juridicamente protegido e promovido. Percebe-se, então, a ligação da proteção e promoção jurídica da moradia com a garantia e fomento da dignidade da pessoa humana.¹¹

O direito à moradia contempla também uma dimensão negativa, ou seja, de defesa, seja através da garantia da inviolabilidade do domicílio e da vedação da penhora de bem de família, ou seja, pela proteção conferida ao cidadão contra despejos arbitrários.

Nessa perspectiva da dimensão negativa do direito à moradia, o artigo 17, §1º do Pacto Internacional sobre os Direitos

⁸ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296724&filename=PL+29/2015. Acesso em 28.03.2017.

⁹ Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens – Cartilha produzida pelo Movimento dos Atingidos por Barragens – MAB.

¹⁰ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹¹ SERRANO JUNIOR, Odoné. O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento. Tese (doutorado) – PUC Curitiba, 2011. p.17

Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU¹² declarou que ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em seu domicílio.

O direito à moradia é também previsto em outros documentos internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil foi signatário, sendo o primeiro deles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, que dispôs no seu artigo 25, §1º que: *“toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”*.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, no seu artigo 11, §1º¹³, reconheceu o direito de toda pessoa à moradia adequada devendo os Estados-Partes adotarem as medidas necessárias para assegurar esse direito, sendo que o cumprimento dessas obrigações está sob o monitoramento do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os Comentários Gerais n.ºs 4 e 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais interpretaram o artigo 11 do PIDESC¹⁴, sendo que, respectivamente, abordaram o conceito de habitação adequada e a responsabilidade do Estado em promovê-la, e a questão das remoções forçadas e os direitos das pessoas que são desalojadas de suas moradias.

O Comentário Geral n.º 4 cuida de firmar um conceito amplo de moradia adequada e estabelecer sua relação com outros direitos fundamentais, elencando as suas características essenciais: segurança, acesso a serviços públicos, custo adequado, habitabilidade, adequação cultural, ao mesmo tempo, em que estabelece a responsabilidade do Estado em garantir o direito à moradia adequada.

O Comentário Geral n.º 7 trata da remoção forçada de pessoas, famílias ou grupos de pessoas de suas residências, e determina que, ainda que a remoção ocorra em prol da instalação de projetos de desenvolvimento e infraestrutura, deverá ser providenciado, conforme o caso, outra moradia, reassentamento ou o acesso a terras produtivas.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵ da Organização das Nações Unidas – ONU foram ratificados e promulgados no Brasil e, portanto, tratando-se de tratados de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata e, ao menos, status de norma supralegal, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 466.343-1¹⁶, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das normas ordinárias.

Entretanto, ainda há celeuma doutrinária acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, já que alguns entendem que, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Congresso elevou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica anteriormente a essa data à categoria de normas constitucionais, e outros, que a alteração não exclui a incidência do §2º do artigo 5º¹⁷ para que os tratados e convenções sejam tidos como materialmente constitucionais, apenas conferir uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles serão formalmente constitucionais.^{18 19}

¹² *“Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”*.

¹³ *“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito (...)”*.

¹⁴ http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_UNU.pdf. Acesso em 29.03.2017.

¹⁵ respectivamente, promulgados no Brasil através do Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992 e Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992.

¹⁶ RE 466.343-01. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

¹⁷ Art. 5º - (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁸ Desse modo, seguindo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, com substrato nos valores da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos como princípio da República brasileira, assim como pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, chega-se a uma indispensável interação e integração existente entre o direito interno e o direito internacional que precisa ter uma conotação diferenciada quando tal integração diz respeito à matéria ligada a direitos humanos em razão do seu conteúdo, da proteção que visa garantir. É imprescindível, pois, que a Constituição trate de modo diferenciado a incorporação desses tratados internacionais, já que eles detêm um caráter especial, não se assemelhando com os tratados comuns.

É neste contexto de proteção e de anseio pela aplicabilidade concreta e efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos que adveio a EC 45/2004 para inserir ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 o § 3º, com o fim de dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Sendo assim, a interpretação que deve ser dada ao § 2º deve continuar sendo a mesma, não sofrendo interferência alguma devido ao novel parágrafo, ou seja, os tratados de direitos humanos continuam a ser incorporados pelo nosso ordenamento como normas constitucionais, ainda que materialmente.

A bem da verdade, por fim, o que se pretendeu conferir, consoante hermenêutica constitucional amparada na contemporaneidade da proteção aos direitos humanos, foi unicamente uma forma de formalizar tais tratados para enfrentá-los como emendas constitucionais, jamais se podendo cair no erro de vislumbrar aqueles tratados de direitos humanos que não passarem por esse novo procedimento de aprovação de emendas constitucionais como detendo status de lei ordinária, mas sim de norma constitucional. A emenda veio *tão-somente* para atribuir ao Congresso Nacional a discricionariedade de escolha dos tratados que devem ser formalmente constitucionais ou não. (De Oliveira, Diogo Pignataro. Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008)

¹⁹ Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flávia Piovesan doutrina: *“Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.* (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.144)

Dessa forma, o conteúdo do direito à moradia é delineado não somente pela interpretação do artigo 6º da Constituição Federal, como também pelas disposições dos tratados internacionais em comento.

Extrai-se do direito à moradia assim disciplinado com relação às populações atingidas por barragens, o seguinte: as populações atingidas por barragem têm direito a moradia digna e adequada e proteção contra ingerências arbitrárias no exercício do seu direito; a implantação de barragens que impõe a remoção forçada da população atingida de seu domicílio afronta o direito à moradia na sua dimensão negativa e impõe a adoção de medidas para a sua proteção e reparação; a restituição do direito a moradia à população atingida pelas barragens deve ser integral, ou seja, deve-se proporcionar a moradia adequada, ao menos, em iguais condições materiais e imateriais daquelas que foram expropriadas.

A Relatoria Especial da ONU para a moradia adequada produziu um guia “*Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?*”²⁰, com a intenção de orientar o desenvolvimento de projetos públicos e privados de infraestrutura e urbanização com respeito ao direito à moradia adequada das comunidades por eles atingidas.

No ano de 2000, a Comissão de Direitos Humanos nomeou um Relator Especial para o Direito à Moradia Adequada, o qual elaborou o relatório anual de 2004 sobre o tema das remoções e despejos forçados e, em 2007, elaborou os Princípios Básicos e Orientações para Remoções e Despejos Causados por Projetos de Desenvolvimento.

Segundo preconiza o guia, a moradia deve ser entendida de forma ampla, considerando tanto os aspectos culturais do local e da comunidade que ali habita, como o acesso a recursos naturais pela comunidade, como rios ou mar.

O guia elencou como medidas preventivas a serem adotadas anteriormente à remoção da população: o mapeamento da população a ser atingida direta ou indiretamente pelo empreendimento; e a avaliação do impacto²¹, que deve considerar não somente os critérios econômicos, como também os culturais e sociais, sempre com a participação efetiva da população que será atingida em todo o processo.

Sobre o reassentamento, o guia dispõe que todas as pessoas, grupos ou comunidades têm direito ao reassentamento, que inclui o direito à moradia adequada e terra alternativa de qualidade igual ou superior à original, o que inclui as mesmas condições ambientais, geográficas e estruturais, como por exemplo, condições para escoamento da produção, espaços de convívio social, etc.

Acerca da justa compensação, essa deve englobar qualquer perda pessoal e material imposta pela remoção forçada, e cobrir os danos e custos materiais e não materiais tais como: perda de equipamentos, aumento nos custos de transporte, medicamentos e serviços médicos, perdas de renda, restrições de acesso a serviços públicos e outros.

Através da Resolução n.º 26/2006, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana CDDPH - atualmente Conselho Nacional de Direitos Humanos disciplinado na Lei n.º 12.986/2014 - designou uma Comissão Especial para acompanhar as denúncias de violações de direitos humanos decorrentes da implantação de barragens, o que foi realizado durante quatro anos e gerou o relatório final aprovado pelo Conselho no mês de novembro de 2010.²²

No relatório final em questão ao se abordar o conceito de atingido e as dimensões que devem ser consideradas para a estimativa dos impactos e perdas que suportará com a operação da barragem, considerou-se a dimensão cultural, cujos danos ou perdas importam num conjunto imaterial e intangível, pois que se referem ao comprometimento das tradições culturais, laços ou redes sociais, locais de valor simbólico e religioso, e outros.

Assim, o CDDPH entendeu que o conceito de atingido, aplicável a indivíduos, famílias, grupos sociais e populações de um modo geral, deve considerar, dentre outras, as seguintes dimensões:

As perdas de natureza afetiva, simbólica e cultural, imateriais e intangíveis, e por isso mesmo não passíveis de quantificação e, a fortiori, de monetarização, devem ser consideradas e objeto de ampla e aberta discussão e negociação.

Proprietários e não proprietários, pequenos meeiros, parceiros, posseiros (de terras públicas ou privadas), empregados, autônomos, trabalhadores informais, pequenos empresários e outros poderão ser considerados atingidos. A ausência de título legal de propriedade, de vínculo legal de emprego ou de formalização da ocupação ou atividade não será tomada como critério para excluir grupos, comunidades, famílias ou indivíduos do adequado reconhecimento como atingido.

²⁰ https://www.observatorioderemocoes.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA_REMOCOES.pdf. Acesso em 29.03.2017.

²¹ - A Coalizão Internacional do Habitat (HIC) desenvolveu uma ferramenta que estabelece um método de avaliação financeira de bens materiais e imateriais. É utilizada para o cálculo de perdas já ocorridas, mas também pode ser utilizada como base para ajudar no registro e cálculo prévio dos bens. Reconhece a existência de bens materiais que vão além do valor da construção em si, pois incluem o valor da terra, da produção agrícola e de criação, das taxas e impostos já pagos, do ponto comercial, do processo de reassentamento, do transporte. Também leva em conta os bens imateriais, como questões de saúde, psicológicas e integração da comunidade. (<http://www.hln.org/spage.php?id=p2s=> Acesso em 29.03.2017.)

²² http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final_0.pdf. Acesso em 29.03.2017.

Ao tratar das consequências da adoção de uma política estritamente indenizatória aos atingidos pelo empreendedor, a Comissão Especial ponderou que:

Ainda que, em vários casos, os reassentamentos demonstrem desempenho insuficiente, o que se verifica é que a aplicação de políticas estritamente indenizatórias tende a levar a processos de empobrecimento e marginalização ainda mais acentuados. O reassentamento, e o reassentamento coletivo em particular, parecem ter-se comprovado, ao longo do tempo, como o caminho mais propício a uma adequada reposição e melhoria das condições de vida de populações rurais – como se comprova em Salto Caxias e Itá, para citar dois exemplos brasileiros.

Assim, para a formulação das políticas voltadas para a mitigação e reparação, material e moral, dos impactos, o relatório estabeleceu a observância, dentre outras, das seguintes diretrizes e dimensões:

No caso de deslocamentos compulsórios, o reassentamento coletivo, o mais próximo possível do assentamento original, deve ser oferecido como opção preferencial, devendo os atingidos ter assegurado seu direito de participarem, em qualquer circunstância, da escolha da localização e do desenho do projeto de reassentamento.

As indenizações por propriedade, benfeitorias, lucros cessantes, perda de emprego ou acesso a recursos necessários à sobrevivência não encerram o processo de reparação, que deverão, sempre, necessariamente, assegurar, a grupos sociais, comunidades, famílias e indivíduos, meios de recompor seus meios e modos de vida e gozarem do direito à melhoria contínua das condições de vida.

Como recomendações finais, no que diz respeito a reassentamentos rurais, o CDDPH prescreveu:

1. que, em todos os casos, sejam oferecidas ao deslocado compulsório alternativas de reparação, por meio da reposição, indenização e compensação, que deverão contemplar, necessariamente, a possibilidade de reassentamento coletivo, de modo a favorecer a preservação dos laços culturais e de vizinhança prevalentes na situação original;
2. que a licença de instalação e início das obras estejam condicionados à existência de planos discutidos e negociados de reassentamento;
3. que o reassentamento de deslocados, em analogia ao disposto na Lei 8.629/93, Art. 17, caput e incisos I e II, seja feito em “terras economicamente úteis, de preferência na região por eles habitada”, após avaliação de sua viabilidade agro-econômica e ambiental, em comum acordo com os interessados;
4. que planos de reassentamento, incluindo localização, identificação de glebas, projetos de infra-estrutura e equipamentos de uso coletivo, assim como a escolha e formas de distribuição de lotes, sejam previamente discutidos e aprovados pelos reassentados, através de suas organizações e representações;
5. que a renovação de licenças ambientais seja condicionada à realização de avaliações dos resultados dos reassentamentos implantados, levando em consideração parâmetros socioambientais, cabendo os custos ao empreendedor;
6. que os custos relativos à implantação e ocupação dos reassentamentos sejam cobertos pelo empreendedor, pelo menos até que os reassentados estejam em condições de levar adiante seus estabelecimentos agrícolas, considerados os prazos estabelecidos pelas experiências nacionais e as particularidades regionais e locais.

Certo é que, embora o Projeto de Lei que disciplina os direitos das populações atingidas por barragens e prevê o direito à opção pelo reassentamento coletivo e à compensação social como indenização complementar ainda não tenha sido aprovado, tais obrigações do empreendedor decorrem do direito social fundamental à moradia adequada e digna, cujos contornos advém dos tratados internacionais recepcionados como normas constitucionais e das interpretações conferidas pela Relatoria Especial da ONU e pelo atual Conselho Nacional de Direitos Humanos.

O Ministério Público tem sido demandado em situações de instalação de empreendimentos hidrelétricos, cujo Plano Básico Ambiental não previu um Programa de Remanejamento da População Atingida baseado em um mapeamento prévio, com a participação efetiva dos atingidos e um diagnóstico aproximado dos impactos a serem suportados, sendo que, em regra, o empreendedor sequer tem conhecimento do número de famílias e propriedades que serão impactados pelo empreendimento até a licença de instalação.

O empreendedor inicia o cadastramento físico e socioeconômico das propriedades após o licenciamento prévio e contempla no Programa de Remanejamento da População, em regra, a modalidade de reassentamento individual mediante carta de crédito. O reassentamento coletivo, quando previsto no Programa, dificilmente se efetiva, pois o empreendedor após determinar o número de famílias que teriam interesse e a extensão da área a ser adquirida alega que o custo é alto comparado ao valor do empreendimento.

O Ministério Público exerce o papel de mediador nesses conflitos entre a população atingida e o empreendedor e não pode se olvidar que os argumentos expostos nessa tese são suficientes para justificar a atribuição ao empreendedor do dever de facultar ao atingido a escolha pelo reassentamento coletivo e de calcular a indenização com base nas perdas pessoais, materiais e imateriais, impostas pela remoção forçada.

4. CONCLUSÕES

O Programa de Remanejamento da População Atingida pelas Barragens deve ser elaborado com a efetiva participação dos atingidos e deve contemplar obrigatoriamente a opção pelo reassentamento coletivo e a indenização calculada não somente com base nas perdas e danos materiais, como também, nos danos pessoais e imateriais causados pelo empreendimento.

Embora não haja lei que determine expressamente tais deveres ao empreendedor, esses decorrem do direito social fundamental à moradia digna e adequada, delineado pelo artigo 6º da Constituição Federal, pelos Tratados Internacionais que disciplinam o tema de direitos humanos, bem como pelas interpretações realizadas pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos e pela Relatoria Especial da ONU para moradia adequada.

O reassentamento coletivo deve proporcionar a efetividade do direito à moradia adequada e terra alternativa de qualidade igual ou superior à original, e sob as mesmas condições ambientais, geográficas e estruturais, sendo que se deve velar, durante todo o processo, pela observância das recomendações emitidas no relatório final aprovado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CDDPH. Relatório Final da Comissão Especial para acompanhamento das Barragens. 2010. Disponível em: http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final_0.pdf.

DE OLIVEIRA, Diogo Pignataro. Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008.

LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *As Tensões do Lugar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS. Cartilha da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens.

ONU. Guia “*Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?*”. Disponível em: https://www.observatorioderemocoes.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA_REMOCOES.pdf.

ONU. Observações Gerais do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_ONU.pdf.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Raquel Oliveira Santos Teixeira. A “Rua” e o “Nosso Lugar”. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *As Tensões do Lugar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

*O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
ENFRENTAMENTO AOS DESAFIOS DA
IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DOS POVOS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS À CONSULTA
PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA*¹

ANA PAULA PINA GAIO²

ANA CAROLINA BROLO DE ALMEIDA³

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² . Promotora de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestre em Direito pela PUC/PR.

³ . Assessora de Promotoria de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestranda em Direito na UF/PR.

1. INTRODUÇÃO

Os modos próprios de criar, fazer e viver dos diferentes grupos étnicos formadores da identidade cultural brasileira constituem patrimônio cultural brasileiro, nos moldes do que dispõe os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, sendo obrigação do Estado brasileiro a defesa e valorização deste patrimônio, assim como a valorização da diversidade étnica e regional.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme dispõe o artigo 129, III, da Constituição Federal, é zelar e intervir para que esse patrimônio cultural seja mantido e promovido, em especial por meio da proteção, garantia e efetivação dos direitos humanos dessas coletividades.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, e aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143/2002, é o principal marco legal internacional no tocante aos direitos dos povos e comunidades tradicionais. Este importante Tratado Internacional, que elenca especiais direitos a diferentes grupos sociais, define em seu artigo 1º que é a autoidentificação o critério pelo qual se deverá analisar a aplicabilidade deste instrumento aos grupos tradicionais.

No âmbito internacional, ainda, outros comandos normativos vêm conferindo maior solidez e clareza aos direitos das comunidades tradicionais. Nesse contexto, destaca-se a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural que, em seu art. 1º, acentua a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade e, em seu art. 4º e preconiza a sua defesa como um imperativo ético.

Para além disso, a Convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994, determina em seu art. 8º, alínea j), que sobre os Estados recai o dever de respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades com vidas tradicionais. Junto a essas obrigações é prevista a necessidade de incentivar a ampla aplicação da legislação nacional afeta à matéria, com a aprovação e a participação dos detentores do conhecimento, inovações e práticas tradicionais, e de “encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização” deles.

Feitas tais considerações preliminares, passar-se-á a expor alguns dos desafios que o Ministério Público deve se atentar ao buscar a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada.

2. O SUJEITO DE DIREITO DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT: OS POVOS INDÍGENAS, COMUNIDADES QUILOMBOLAS E POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Como pode ser observado, o presente trabalho trata de grupos bastante específicos que compõem a realidade brasileira e aos quais são conferidos especiais direitos. Nesse sentido é importante delinear o sujeito coletivo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho para Povos Indígenas e Tribais e esse é um dos desafios a ser enfrentados ao se buscar a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada.

A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 1º, afirma que por povos indígenas e tribais, entende-se os “*povos que possuem condições sociais, culturais e econômicas que os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e que estão regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial*”.

Como o Tratado Internacional em tela é denominado Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, surgiram certas celeumas ao se tentar definir com exatidão os sujeitos que se enquadrariam, desde o contexto brasileiro, na descrição do artigo suprarreferido. No que se refere à categoria “indígena”, não há dúvidas em relação a quem se refere:

A categoria “indígena” remete à descendência dos povos que habitavam o país à época da colonização e que mantêm vivas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1.1.b da Convenção 169/OIT). É uma categoria de uso consolidado e sua abrangência não suscita controvérsias, ao menos quanto às realidades socioculturais a que se refere. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 17)

Todavia, em relação ao conceito de povos tribais, não há que se falar de uma experiência social e histórica única, ou seja, incluem-se nessa categoria aquelas coletividades que satisfaçam as duas condições previstas no artigo 1º da Convenção

169 da Organização Internacional do Trabalho, quais sejam: “(I) possuam “condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”; e “(II) tenham consciência de sua identidade tribal”(Idem). E são esses os critérios que caracterizam o “direito à autoidentificação (autoatribuição, autorreconhecimento ou autodefinição)” (Ibidem).

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT, instituída pelo Decreto 6.040/2007, a seu turno, conceitua, os povos e comunidades tradicionais como sendo:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Vale considerar que o reconhecimento desses sujeitos coletivos e a definição de direitos específicos conferidos a tais coletividades está presente também em outros comandos normativos, como é o caso da Lei n.º 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, o qual possui como um de seus objetivos, a proteção dos direitos das populações tradicionais, mediante a tutela dos recursos naturais necessários à subsistência dessas.

O artigo 5º, X, do conjunto normativo supramencionado prevê que o SNUC será regido por diretrizes que “garantam às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”.

O Decreto n.º 8.750/2016 instituiu o Conselho Nacional de Povos Indígenas e Povos e Comunidades Tradicionais, outrora denominado Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais⁴, o qual é representado pelas comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos, além de outros segmentos que também se autoidentifiquem como tais.

Além de ser essencial que se reconheça como sujeito da Convenção 169 da OIT não apenas os povos indígenas, mas também os povos e comunidades tradicionais, nos quais se incluem, de forma não taxativa, os segmentos acima mencionados, deve-se também observar que o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam a referida Convenção é a autoidentificação desses povos, ou seja, a consciência de sua identidade tradicional.

A partir da adoção pelo próprio Tratado Internacional tão somente do critério fundamental da autoidentificação dos povos e comunidades tradicionais, qualquer exigência de reconhecimento dessa identidade por órgãos externos à comunidade, como estudos antropológicos ou outorgas de certidões públicas, como condicionante para a aplicação dos direitos por ele consagrados será indevida⁵.

Assim, o reconhecimento do direito à consulta livre, prévia e informada depende somente do critério fundamental determinado no artigo 1º da Convenção 169 da OIT,⁶ que é o da autoidentificação pelos povos indígenas ou tribais; entretanto, não é incomum que o empreendedor e/ou órgãos públicos exijam, de forma equivocada, a comprovação da regularização do território respectivo.

Por fim, sob o enfoque do sujeito dos direitos estipulados na Convenção referida, compete à comunidade indígena, tribal ou tradicional decidir pela necessidade de realização consulta prévia, livre e informada, não sendo lícito à Administração Pública impor, unilateralmente, quando essa é necessária ou não e, muito menos, excluí-la sob o argumento de que foram propostas medidas mitigadoras ou compensatórias dos impactos que esses povos sofrerão com o empreendimento ou com a adoção de certas medidas administrativas e legislativas (GARZÓN, et. al. 2016. p. 23).

3. DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Enfrentado o primeiro desafio para a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada, qual seja, a identificação dos sujeitos aos quais se aplicam esse direito, passa-se agora a descrever as principais características da mencionada consulta.

⁴ A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais foi inicialmente criada por Decreto Federal de 27 de dezembro de 2004 e apenas no ano de 2016 foi modificada pelo Decreto n.º 8.750/2016, quando se tornou Conselho Nacional. Ressalta-se, também, a existência desses espaços de controle social no âmbito dos estados, como é o caso do Estado do Paraná, que possui o Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, instituído pela Lei n.º 17.425/2012.

⁵ Cabe ressaltar que a outorga, por exemplo, da certidão de autorreconhecimento quilombola pela Fundação Cultural Palmares tem o viés meramente declaratório e nunca constitutivo de determinada identidade tradicional. A certidão, assim, pode ser um meio de facilitação de acesso a determinadas políticas públicas, mas nunca sua condição.

⁶ “2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. (art. 1º da Convenção 169 da OIT)

O artigo 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho dispõe que:

Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 6º, determina o dever de consultar aos povos tradicionais em caso de medidas legislativas e administrativas que os afetem diretamente, mediante meios apropriados e com boa fé, demandando uma série de atividades realizadas durante um procedimento formal, a fim de “*se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*”. Vejamos:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

O referido Tratado Internacional menciona algumas situações nas quais os Estados deverão garantir o direito de consulta às coletividades tradicionais, tais como, como quando tiver interesse na prospecção e exploração de recursos existentes em seus territórios (art. 15), quando houver a ameaça e possibilidade, excepcional, de remoção desses espaços (art. 16), possibilidade de edição de decretos ou leis relativos aos direitos de alienação de suas terras (art. 17), em relação a toda política oficial que afete aos povos indígenas e comunidades tradicionais (OIT. 2013, p. 13).

Dessa forma, considerando que tal direito deve sempre permear a atuação do Ministério Público junto às coletividades tradicionais, este, ao se deparar com a necessidade da realização de consulta prévia, livre e informada, deve demandar do empreendedor, do órgão licenciador, do órgão da administração pública responsável pelo empreendimento ou da Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, informações sobre as ações por eles empreendidas no sentido da concretização e não violação desse direito.

Do mesmo modo, cabe ao Ministério Público avaliar se essas ações foram adequadas e suficientes para garantir que a consulta aos povos e comunidades ocorreu anteriormente à tomada da decisão, de forma franca e livre de pressão por parte do poder público, por meio de procedimentos previamente pactuados com o grupo potencialmente afetado e mediante a disponibilização prévia de materiais, documentos e informações sobre a matéria.

4. OUTROS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Além da correta definição dos sujeitos de direito da consulta prévia, livre e informada e da observância aos critérios de aplicação desse direito, conforme acima exposto, faz-se necessário também estar atento a outros eventuais empecilhos para a adequada efetivação da Consulta Prévia, conforme será exposto abaixo.

O direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelo Brasil, bem como pelo fato de ser previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 1992 e na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, insere-se no rol dos direitos humanos fundamentais. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 8)

Ainda que referidos diplomas internacionais tenham sido recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro com aplicabilidade imediata e status de direitos humanos, na forma prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal,⁷ diversos são os desafios para a implementação deste direito, normalmente violado no Brasil pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas que também encontra obstáculos no sistema de justiça.

Segundo publicação denominada Direito à Consulta de Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais:

Até dezembro de 2015, dos mais de 3 mil empreendimentos com processos de licenciamento ambiental que incluíam a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Fundação Palmares, nenhum havia realizado, junto aos povos tradicionais afetados, consultas adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 7)

Esse dado é relevante pois, muitas vezes, o órgão público, e até mesmo o membro do Ministério Público delega a consulta prévia, livre e informada aos órgãos públicos responsáveis pela elaboração de políticas públicas para os povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, como é o caso da FUNAI e da Fundação Cultural Palmares, como se esses órgãos pudessem se substituir aos sujeitos pertencentes àquela comunidade no exercício desse direito humano fundamental, através apenas de uma manifestação formal de concordância com o empreendimento e/ou medidas administrativas e legislativas que impactam a comunidade.

Assim, como já explicitado no item 2 dessa tese, os sujeitos da Convenção 169 da OIT são os integrantes das comunidades indígenas ou tribais, e sendo a consulta prévia, livre e informada um direito humano fundamental possui caráter personalíssimo, cujo exercício não pode ser delegado a terceiros, ainda que a órgãos responsáveis pela elaboração de políticas públicas e defesas dos direitos dessas mesmas comunidades.

4.1 O conceito de território tradicionalmente ocupado

Outro desafio que o Ministério Público deve se atentar é o necessário respeito ao conceito de território tradicionalmente ocupado. Todos os conflitos que envolvam povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais demandam, para uma solução que efetivamente atenda aos direitos desses povos, um olhar diferenciado da disciplina do Código Civil sobre os conceitos de posse e de propriedade, já que a noção de território e territorialidade nesses casos é particular às realidades por eles vivenciadas.

Nesse sentido, cumpre salientar o conceito territorialização trazido pelo geógrafo Claude RAFFESTIN (1981):

É no processo de apropriação, de territorialização, que as relações de identidade e pertencimento ao lugar são desenvolvidas, quando os sujeitos vão além da necessidade da apropriação de um espaço, quando desenvolvem ali valores ligados aos seus sentimentos e à sua identidade cultural simbólica, recriando seu espaço de vida, ao qual se identificam e se sentem pertencer.

Atentando-se para a especificidade da relação que essas coletividades possuem com os espaços que tradicionalmente ocupam, a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 13, afirma que os Estados que a ratificarem devem “respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

Ainda, o referido artigo estabelece que a compreensão do termo “terra” utilizado deve “incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”.

E é considerando a particularidade do conceito de território, e não de propriedade ou posse, como presente no Código Civil, que a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 14, afirma o dever do poder público de “reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Ademais, dispõe também esse artigo “os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”.

Vale ressaltar que também o ordenamento jurídico pátrio conceitua essa particular forma de vivenciar espaços. É o caso do inciso II, do artigo 3º do Decreto 6.040/2007, o qual conceitua territórios tradicionais como sendo:

Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, ob-

⁷ Art. 5º - (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

servado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Nesse sentido, o referido Decreto estabelece como um dos objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais “garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”.

4.2 Consulta Prévia, Livre e Informada não se confunde com audiência pública

Antes de procurar diferenciar a consulta prévia, livre e informada das conhecidas audiências públicas, faz-se mister discorrer sobre o momento da aplicação desse direitos junto aos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais.

Nesse aspecto, o artigo 15 da Convenção 169 da OIT é expresso ao afirmar que a obrigação de consultar deve ocorrer “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos”. Assim, no que se refere a obras e empreendimentos,

É indispensável que durante o licenciamento ambiental, em especial antes da emissão de cada licença ambiental, seja realizada a consulta livre, prévia e informada de forma a garantir a participação efetiva de povos e comunidades afetadas. Participação esta que deve ser direta, transversal e permanente ao processo de licenciamento ambiental e que precisa ser renovada a cada nova decisão.(GARZÓN, et. al. 2016. p. 37)

E é nesse diapasão que se diferencia a Consulta Prévia, Livre e Informada da audiência pública ambiental, instrumento participativo também importante e que deve ser observado quando da previsão de projetos de exploração mineral ou hidrelétrica em Terra Indígena e de comunidades tradicionais.

Todavia, no tocante a tais diferenças, ressalta-se que ao passo em que a audiência pública ambiental deve ocorrer no momento após o recebimento do RIMA pelo Órgão licenciador (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º, §1º), aquela se faz necessária desde as primeiras etapas de planejamento da obra, antes mesmo da submissão do EIA ao órgão licenciador, ou seja, antes de qualquer autorização da medida. Além disso, com relação às finalidades de ambos os instrumentos, a audiência pública tem o objetivo de “expor aos interessados o conteúdo do empreendimento em análise e de seu respectivo RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA 01/1986, art. 1º)”; já a CCPLI busca um acordo e consentimento sobre o que está sendo proposto. (Idem, p. 32)

5. APLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

Conforme já explanado, o direito à consulta prévia, livre e informada é um direito humano fundamental e, ao menos, possui caráter de norma suprallegal consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 466.343-1⁸, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter suprallegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das normas ordinárias.

Entretanto, ainda há celeuma doutrinária acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, já que alguns entendem que, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004⁹, o Congresso elevou os tratados e convenções

⁸ RE 466.343-01. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

⁹ Desse modo, seguindo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, com substrato nos valores da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos como princípio da República brasileira, assim como pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, chega-se a uma indispensável interação e integração existente entre o direito interno e o direito internacional que precisa ter uma conotação diferenciada quando tal integração diz respeito à matéria ligada a direitos humanos em razão do seu conteúdo, da proteção que visa garantir. É imprescindível, pois, que a Constituição trate de modo diferenciado a incorporação desses tratados internacionais, já que eles detêm um caráter especial, não se assemelhando com os tratados comuns.

É neste contexto de proteção e de anseio pela aplicabilidade concreta e efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos que adveio a EC 45/2004 para inserir ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 o § 3º, com o fim de dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Sendo assim, a interpretação que deve ser dada ao § 2º deve continuar sendo a mesma, não sofrendo interferência alguma devido ao novel parágrafo, ou seja, os tratados de direitos humanos continuam a ser incorporados pelo nosso ordenamento como normas constitucionais, ainda que materialmente.

A bem da verdade, por fim, o que se pretendeu conferir, consoante hermenêutica constitucional amparada na contemporaneidade da proteção aos direitos humanos, foi unicamente uma forma de formalizar tais tratados para enfrentá-los como emendas constitucionais, jamais se podendo cair no erro de vislumbrar

internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica anteriormente a essa data à categoria de normas constitucionais, e outros, que a alteração não exclui a incidência do §2º do artigo 5º para que os tratados e convenções sejam tidos como materialmente constitucionais, apenas conferir uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles serão formalmente constitucionais.¹⁰

Assim, consistindo o direito à consulta prévia, livre e informada em direito humano fundamental, apesar de um dos argumentos utilizados pelo poder público para o não cumprimento adequado desse direito ser a “falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT”, a ausência de sua regulamentação não é argumento lícito para a sua não observância¹¹.

Não se olvida da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, de forma que o direito humano fundamental da consulta livre, prévia e informada deve ser assegurado sem que se imponha como condicionante uma questão meramente formal consistente na necessidade de sua regulamentação.

As normas de direitos fundamentais vinculam o poder público, que deve adotar todas as medidas necessárias à sua concretização, sendo que, ainda que se advogue pela regulamentação do direito humano em questão, não se deve comprometer a sua aplicação diante da ausência de uma regulamentação que se insere no âmbito de atribuição do próprio poder público e não foi realizada até então.

Com efeito, a ausência de regulamentação pode ser tida como uma omissão do poder público que prejudica o exercício de um direito fundamental e, assim, o seu exercício deve ser assegurado ainda que por outras formas procedimentais.

Registre-se que a regulamentação do direito à consulta prévia, livre e informada foi objeto de críticas realizadas pelos próprios povos e comunidades tradicionais, povos indígenas e comunidades quilombolas porque cada coletividade tradicional possui formas próprias de se organizar, de eleger ou não representantes, de dialogar com o poder público e, portanto, de tomar suas decisões.

Dessa forma, uma regulamentação estanque acerca do modo de exercício desse direito pode não atender às necessidades desses povos, justamente pela impossibilidade de se prever procedimento que abarque todos os modos de agir e viver das mais variadas comunidades indígenas e tradicionais.

Em resposta a essa ausência de regulamentação, não obstante prescindível ao exercício desse direito humano fundamental, surge o instrumento chamado Protocolo de Consulta, o qual seria formulado pela própria comunidade a ser consultada e conduzido pelo órgão público responsável pela sua realização.

5.1 – Protocolo de Consulta Prévia, Livre e Informada

Diante, então, da aplicabilidade imediata do direito à consulta prévia, livre e informada, os chamados protocolos de consulta são importantes instrumentos para a adequada realização da consulta aos povos indígenas, quilombolas e povos e comunidades tradicionais. A construção de protocolos próprios de Consulta por tais coletividades é um “contraponto à iniciativa governamental de produzir uma regulamentação geral” (GARZÓN, et. al. 2016. p. 38) sobre esse direito.

No Protocolo de Consulta, a exemplo do disposto no documento “Protocolo de Consulta Munduruku” (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. S/d), o povo indígena, comunidade quilombola, povo ou comunidade tradicional indicará alguns critérios a serem seguidos para que a consulta seja realizada de forma adequada, tais como: indicação de quem deve ou não ser consultado (alguma representação coletiva, como associação ou organização, lideranças, etc.), momento ou data para realização da consulta (indicação, por exemplo, de quais dias e horários da semana não são adequados, datas festivas, etc.), duração (mediante uma ou mais reuniões, necessidade de tempo para que o assunto seja debatido entre a própria comunidade), língua na qual serão realizadas as atividades de consulta, bem como quem definirá quem serão os tradutores, indicação das pessoas, organizações e técnicos que poderão participar como convidados das reuniões, bem como etapas da consulta (por exemplo, reunião para fazer acordo sobre o plano de consulta, reunião informativa, previsão de reuniões internas, reunião de negociação, etc.).

aqueles tratados de direitos humanos que não passarem por esse novo procedimento de aprovação de emendas constitucionais como detendo status de lei ordinária, mas sim de norma constitucional. A emenda veio tão-somente para atribuir ao Congresso Nacional a discricionariedade de escolha dos tratados que devem ser formalmente constitucionais ou não. (DE OLIVEIRA. 2008)

¹⁰ Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flavia Piovesan doutrina: “Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. (PIOVESAN, 2011. p.144)

¹¹ O Brasil, por meio de um Grupo de Trabalho Interministerial criado no ano de 2012, conduziu processo que buscou elaborar proposta de regulamentação do direito à consulta prévia, livre e informada, após denúncia à OIT efetuada pela Central única dos Trabalhadores (CUT), organizações indígenas e quilombolas em face do Estado brasileiro. Todavia, apesar de o processo ter sido duramente criticado por aquelas coletividades, do qual, inclusive, os povos indígenas se retiraram da discussão, o referido Grupo ofereceu, no ano de 2014, proposta de Decreto Federal, ao qual nunca foi dada publicidade. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 14)

Nesse sentido, o Protocolo de Consulta pode esclarecer como determinada coletividade toma as suas decisões e indicar a forma pela qual quer ser consultada sobre questão, obra, empreendimento ou medida legislativa que a afete. Por exemplo, no caso do “Protocolo de Consulta Munduruku”, indicou-se que quando um projeto afetar os mundurukus, a decisão sobre ele é coletiva, ou seja, não se deve consultar apenas parte dessa coletividade, tampouco eventual associação que supostamente a representaria; considerando este fato, destaca-se trecho do referido Protocolo de Consulta:

Nenhuma associação Munduruku decide pelo povo Munduruki, nenhuma associação responde pelo nosso povo. As decisões do nosso povo são tomadas em assembleia geral, convocada por nossos caciques. São os nossos caciques, reunidos, que definem a data e o local da assembleia geral e convidam os Munduruku para participar dela. Nas assembleias, as nossas decisões são feitas depois de discussão: nós discutimos e chegamos a um consenso. Se for preciso, discutimos muito. Nós não fazemos votação. Se não houver consenso, é a maioria que decide. (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. p. 8)

Assim, o Protocolo de Consulta construído pela própria comunidade constituiria “um marco de regras mínimas de interlocução entre o povo, ou comunidade interessada, e o Estado”, após o qual se pode construir o chamado Plano de Consulta,

primeiro acordo necessário entre as partes sobre as regras da cada consulta definidas conjuntamente entre o Estado e a comunidade consultada. No Plano de Consulta precisam ser acordados os interlocutores do processo, o local, a metodologia, o tempo e os recursos necessários para sua realização.(GARZÓN, et. al. 2016. p. 38)

Verifica-se, desta feita, que o Plano de Consulta seria o segundo passo após o estabelecimento do Protocolo de Consulta, o qual é elaborado pelos próprios sujeitos coletivos. Nesse sentido,

Os protocolos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma por comunidades ou povos são instrumentos que explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de *procedimentos apropriados às circunstâncias* e do respeito às instituições *representativas* de cada povo e/ou comunidade. Assim, apenas a manifestação autônoma de cada comunidade pode indicar quais são as autoridades legítimas que as representam bem como definir os procedimentos que consideram adequados para estabelecer um diálogo com os representantes do Estado.(Idem, p. 57)

Destaca-se, assim, que os Protocolos de Consulta, enquanto meio de realização do direito à consulta prévia, livre e informada a partir de critérios estabelecidos pelos próprios sujeitos desse direito, condiz uma interpretação dos direitos humanos defendida por David Sánchez Rubio (2011), o qual salienta a necessidade de incorporação consciente e expressa ao imaginário jurídico da pluriculturalidade do mundo, mediante proposta intercultural concreta, por meio do respeito e garantia das diferenças e do reconhecimento da igualdade desde a diversidade.

O Ministério Público, então, além de estar atento aos diversos desafios mencionados ao exigir do poder público a correta aplicação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, deve atentar-se à importância dos Protocolos de Consulta e intervir junto às coletividades tradicionais para estas proponham seus próprios Protocolos.

6 - CONCLUSÃO

Após quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, nos dizeres de DUPRAH (2012, p. 228), “não se põe mais em dúvida que o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem [ou deveria ter] esse marco como referência”.

Nesse sentido, a efetivação do direito à consulta prévia, livre e informada deve ser a garantia de efetivo diálogo entre os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e o Estado, sob pena de negar a estes a condição de sujeitos de direitos, os quais são especialmente previstos nos diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para tanto, requer-se especial atenção às peculiaridades desse direito a fim de que este não seja utilizado apenas como uma forma de legitimação para as tomadas de decisão pela administração pública.

É fundamental atentar-se à correta identificação dos sujeitos do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, quais sejam, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais e ao critério da autodefinição, à noção de territorialidade, em substituição aos requisitos configuradores da posse e propriedade privada, às características do direito à Consulta Prévia, livre e Informada e à natureza desse direito que, enquanto direito fundamental possui aplicabilidade imediata.

O direito à consulta prévia, livre e informada é direito humano fundamental incorporado na ordem jurídica brasileira, cuja aplicabilidade, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, é imediata e, portanto, vincula o poder público à sua observância e adoção das medidas suficientes para a máxima efetivação desse direito pelos grupos populacionais em questão.

Não é lícito ao poder público deixar de cumprir suas obrigações para a garantia de um direito humano fundamental sob o fundamento da necessidade de regulamentação desse direito, mormente quando a ausência dela lhe pode ser atribuída e, ademais, tratando-se de coletividades com diferentes modos de agir e viver e especificidades próprias, o regulamento não seria apto a prever todas as possibilidades e garantir a efetivação desse direito fundamental.

Nesse contexto da prescindibilidade da regulamentação mas da necessidade de efetividade do direito à consulta livre, prévia e informada, é que surgem os Protocolos de Consulta construídos pelos próprios sujeitos do direito possibilitando a incorporação do elemento intercultural e contribuindo para a realização do direito à livre determinação dos povos.

Assim, o papel do Ministério Público na efetivação desse importante direito, que possui conexão direta com o direito à vida, à identidade cultural e a outros direitos humanos essenciais (GARZÓN, et. al. 2016. p. 47), é imperioso. Sua intervenção deve ocorrer desde a cobrança junto ao órgão público licenciador ou autorizador da medida para que o respectivo procedimento seja precedido da realização de adequada Consulta Prévia, Livre e Informada às comunidades tradicionais até o auxílio às comunidades afetadas no sentido de que se tornem capazes de dizer a forma pela qual desejam efetivar esse direito, apresentando a elas, assim, os Protocolos de Consulta, a serem construídos por elas, como importante e eficaz instrumento para efetivação daquele direito.

Na garantia da efetivação desse direito humano fundamental, para a qual se faz necessária a participação efetiva das comunidades tradicionais e a elaboração de um protocolo de consulta que atenda às suas necessidades e possibilite a construção de uma decisão conjunta acerca dos impactos causados pelos empreendimentos ou medidas a serem adotadas, imprescindível é a atuação do Ministério Público, seja mediante o acompanhamento de todo o procedimento de consulta, ou seja, através de ações que possam contribuir ao esclarecimento e à emancipação dessas comunidades.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE OLIVEIRA, D. P. **Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008.

GARZÓN, et. al. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Fundation, 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. et.al. **Protocolo de Consulta Munduruku**. Disponível em: <http://fase.org.br/wp-content/uploads/2016/01/munduruku-final-2.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales**. 2013. Disponível em: https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/manual_oit169.pdf. Acesso em: 5 de abril de 2017.

RAFESTIN, C. *Per una geografia del potere*. Milão: Unicopli, 1981

RUBIO, D. S. **Encantos e Desencantos dos direitos humanos**. Barcelona: Icaria Editorial. 2011.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE DIFUSA ¹

ANDRÉ TIAGO PASTERNAK GLITZ²

“(…) no período de 1991 a 1997, no município de São Paulo, apenas 5,48% das ocorrências policiais geraram instauração de inquérito. (...) Mesmo em casos de homicídio, apenas 60,13% das comunicações geraram IP, o que significa que quase 40% dos homicídios sequer foram comunicados ao Ministério Público. De forma mais genérica, cerca de 95% das comunicações de crimes não são conhecidas pelo Ministério Público pelo fato de não gerarem instauração de IP, não havendo qualquer espécie de controle sobre tal situação. Em sentido semelhante, Guimarães dá notícia de que em 2000, 75% das notícias de crimes em Curitiba não geravam instauração de inquéritos. Em Recife, no ano de 2002, apenas 13,9% dos homicídios registrados geraram instauração de IP”.³

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná; Master's of Laws (LL.M.) pela Columbia Law School, NY/USA; Professor de investigação criminal e processo penal na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

3 ÁVILA, Juruá, 2016. p.233.

SÍNTESE DOGMÁTICA E FUNDAMENTAÇÃO

Este trabalho sustenta a tese de que o conceito de controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público urge revisão. A partir de uma renovada leitura constitucional é possível injetar-lhe diferenciado conteúdo, materializado em ações que correspondam efetivamente às aspirações da Constituição Federal de 1988. Alicerçando-se neste novel conjunto de ações, que, dada a exiguidade da proposta desta “tese”, serão aqui abordadas de forma meramente exemplificativa, deve o Ministério Público se estruturar e planejar sua atuação no âmbito do controle externo da atividade policial.

Na Parte I serão apresentadas as bases da tese, a partir de uma mudança paradigmática na forma de pensar o processo penal brasileiro, abandonando a superficial distinção dos sistemas “inquisitório versus acusatório” como epicentro sistêmico e partindo em busca de um garantismo integral, que imponha limites ao Estado e, ao mesmo tempo, obrigue-o a promover a tutela de todos os direitos e garantias fundamentais assegurados na CF/88. A Parte II tratará dos problemas relacionados à construção reducionista do conceito de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, no plano objetivo e subjetivo, e enfatizará a necessidade de sua releitura constitucional. A Parte III abordará um novo conjunto de ações a serem desempenhadas pelo Ministério Público no âmbito do controle difuso, de modo a acompanhar em tempo real toda a atividade investigativa policial, notadamente controlando as notícias-crimes, os chamados procedimentos policiais de averiguações preliminares e os inquéritos policiais. Será sustentado que apenas uma intervenção precoce e verticalizada na investigação permite a indicação oportuna de diligências, ao mesmo tempo em que é capaz de evitar as eventualmente inúteis para o desenvolvimento da linha investigativa, garantindo uma apuração mais eficiente e condizente com o princípio da proibição da proteção insuficiente. Por outro lado, a pronta atuação do Ministério Público pode ser fator de inibição das eventuais ilegalidades e abusos por parte da polícia, dando, por sua vez, maior concretude ao princípio da proibição do excesso. Ao final da Parte III será sustentada a imprescindibilidade de reestruturação do Ministério Público para o desempenho destas ações, pois para a efetividade da proposta o *como fazer* é tão importante como o *quê é feito*. Nesta linha, é necessário um órgão de apoio à atividade-fim de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, sem prescindir da sua executada permanecer sendo realizada pelos órgãos com atribuições criminais na primeira fase da persecução penal. A derradeira Parte IV trará o resumo da tese em forma de proposta de enunciado.

PARTE I

A reformulação do que se costumou denominar de controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público alicerça-se ao longo do texto sobre algumas premissas, as quais serão tratadas sinteticamente nesta Parte I.

O axioma central diz respeito à superação definitiva da dicotomia dos sistemas “inquisitório *versus* acusatório” como pilar de orientação interpretativa do processo penal pátrio.⁴ Mesmo depois do advento da Constituição Federal de 1988, e talvez como um efeito de sua promulgação, boa parte da doutrina brasileira tratou e ainda se vale da propalada distinção como sendo o coração hermenêutico do processo penal brasileiro.

No entanto, um estudo histórico dos diferentes modelos processuais penais evidencia que a insistente diferenciação que se opera no Brasil é artificial, carecendo mesmo de uma sólida base científica, ante a inexistência de um princípio universal unificador dos “sistemas”.⁵ Esta falta de cientificidade tornou-se campo fértil para um fenômeno que se identifica fortemente no Brasil no campo da produção doutrinária processual penal.

Trata-se da manipulação do discurso acadêmico, variando de acordo com as conveniências de seus autores, fortemente difundida e sedimentada no ensino do Direito no Brasil e que invariavelmente busca satisfazer aspirações pessoais disfarçadas de um suposto compromisso com o Estado de Direito democrático constitucionalizado em 1988.⁶

Essa constatação fomenta a busca por um novo paradigma fundante do processo penal brasileiro, apresentado sinteticamente por GUIMARÃES: *de um lado, a proibição de excesso (protegendo o cidadão frente ao possível arbítrio estatal) e, de, outro, a proibição de proteção insuficiente (protegendo o cidadão através do Estado), expressadas nas garantias de inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme disposto no caput do art.5º, da Constituição, sem olvidar da gama de direitos e garantias processuais dos incisos do mesmo artigo 5º e da titularidade da ação penal pública prevista no inciso I, do art.129, também da Constituição.*⁷

⁴ GUIMARÃES, 2016. p.241-313.

⁵ DAMASKA, 1986. A inexistência deste princípio universal unificador fica evidenciada no Brasil quando se trata do tema dos poderes instrutórios do juiz no processo penal, sendo bem simbolizada pela distinção entre adversarial system e inquisitorial system proposta por GRINOVER no afã de encontrar uma solução sem desconstruir o mito da dicotomia “inquisitório versus acusatório.” GRINOVER, 2016. p.1-13.

⁶ Sobre o maquinismo com que é utilizada a distinção “inquisitório versus acusatório”, vale transcrever a síntese de GUIMARÃES: “tudo que é acusatório representa o “bem” e merece ser seguido e tudo que é inquisitório representa o “mal” e merece ser execrado”. GUIMARÃES, 2016, p.251.

⁷ GUIMARÃES, 2016, p.501.

Além de possibilitar a busca por um processo penal equilibrado, de natureza efetivamente garantista, portanto, integral⁸, calcado na concepção da unidade da Constituição⁹, esta nova matriz apresenta-se capaz de corresponder à complexidade da realidade de uma sociedade pós-moderna, superando postulados unilaterais amodados a partir de concepções de cunho individualista e patrimonialista.¹⁰

Cabe, contudo, um alerta antes de prosseguir. O sobrepujamento da supervalorização da sedimentada dicotomia não significa uma repulsa absoluta à afirmação de que a Constituição Federal de 1988 firmou compromisso com um processo penal de cunho acusatório, fundado na separação entre órgão acusador e órgão julgador (artigo 129, inciso I, CF) e na *garantia constitucional do contraditório como fórum de participação e controle mútuo, onde ao acusador não compete a disponibilidade absoluta da acusação*.¹¹

É que o foco proposto é diverso. Ele se volta agora à busca das particularidades do processo penal acusatório brasileiro, nos termos do ordenamento jurídico interno, (re)fundado e guiado pela Carta de 1988. A emancipação em relação aos modelos apresentados e difundidos como acabados, ou verdades absolutas, permite, enfim, o reconhecimento de que no Brasil vigora um processo penal acusatório dotado de características próprias, no bojo do qual deve ser compreendida a atividade de controle externo da atividade policial.

É nesse novo edifício construído sobre repaginada fundação que interessa investigar os espaços de autonomia da polícia na atividade de investigação de infrações penais e o alcance do controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público.

PARTE II

A Constituição Federal de 1988 definiu uma série de funções institucionais do Ministério Público, dentre elas a de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar (artigo 129, inciso VII da CF).

Em 1993 a Lei Complementar nº 75/93 dispôs, em seu artigo 3º, as bases para o exercício do controle externo das polícias no âmbito do Ministério Público da União¹², indicando em seu artigo 9º medidas judiciais e extrajudiciais para o desempenho da atividade.¹³

No entanto, ainda sob os efeitos das pressões corporativistas que marcaram as discussões em torno da expressão *controle externo da atividade policial* durante a Assembleia Nacional Constituinte¹⁴, o texto da Lei Complementar nº 75/93 tem como marca a **indefinição concreta das ações** a serem realizadas pelo Ministério Público da União na atividade de controle externo das polícias.

⁸ A doutrina garantista do italiano LUIGI FERRAJOLI não é limitada a oferecer um instrumento de oposição ao Estado, conforme deturpado entendimento tão difundido no Brasil, mas corresponde a uma teoria de fundamentação e justificação do próprio sistema jurídico-penal. Douglas Fischer relata interessante passagem que bem representa o pensamento do professor da Università degli Studi Roma Tre: No dia 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, ao final de sua exposição, Ferrajoli foi indagado sobre como poderia ser conformada ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição. De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que não seria perfeitamente possível a conformação (utilizando a expressão da indagação que lhe foi feita), pois *o garantismo defendido por ele traz em seu bojo à luz de (todos os) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a obrigação de o Estado agir para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza, não podendo ser invocadas regras de prescrição como forma de pretender afastar eventuais ações penais*. (destaque de nossa autoria). FISCHER, 2015. p.34.

⁹ Na feliz expressão de GRAU, a unidade da Constituição representa um método hermenêutico calcado na concepção de que: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”. GRAU, 1991. p.181.

¹⁰ SALGADO, 2015. p.81.

¹¹ Postulados moduladores de um há muito superado modelo de “Estado Liberal”. NETO; RAMIRES, 2016. p.30.

¹² Artigo 3º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

¹³ Artigo 9º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV – requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V – promover a ação penal por abuso de poder.

¹⁴ GUIMARÃES recorda que, à época da Constituinte, apesar de o Ministério Público também ter promovido seu lobby no Congresso Nacional, o mesmo mostrou-se insuficiente para combater o posicionamento contrário sustentado pela Polícia junto a boa parcela dos Legisladores. Este jogo de interesses corporativos resultou na aprovação de um dispositivo que não é o melhor para a aplicação da Justiça, mascarando-se a cessão às pressões com a alteração do texto proposto, para colocar onde se lia “supervisão e correição”, a expressão “controle externo da atividade policial”, de conotação genérica e que não se define de imediato. O temor da Polícia em ver-se vigiada por órgão externo e independente acabou prejudicando a Justiça como um todo, distanciando ainda mais o Brasil dos países desenvolvidos, onde a polícia está sempre, de uma forma ou de outra, vinculada ao Ministério Público, sob orientação e comando deste. GUIMARÃES, 2008. p.75.

Idêntica indeterminação caracterizou tanto o texto da Lei nº 8.625/93, que estabelece normas gerais para regulamentação dos Ministérios Públicos estaduais,¹⁵ como a redação da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado Paraná (Lei Complementar Estadual nº 85/99).¹⁶

Para RIBEIRO, o pecado da LC nº 75/93 e que acaba por contaminar o restante da legislação infraconstitucional no país, consiste no fato de que os instrumentos legais delineados, a partir das parcas referências normativas, se interpretados restritivamente, são decorrentes da própria essência constitucional e de atribuições já conferidas ao Ministério Público.¹⁷ Na mesma toada, SALGADO destaca que o legislador, ao não estabelecer claramente os lindes do controle externo da atividade policial, foi minimalista ao tentar regulamentá-lo, deixando de precisar algumas definições legislativas mais acuradas.¹⁸

Ao longo dos anos, somou-se ao quadro de extrema fluidez normativa uma certa ausência de produções científicas sobre o tema no país. De fato, salvo destacadas exceções¹⁹, o desenvolvimento de pesquisas sobre a matéria do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público foi tímido, ao menos até recentemente.²⁰

Tal cenário conduziu a uma realidade em que a pauta das discussões sobre o tema do controle externo se viu dominada por interesses corporativistas preocupados com a manutenção de espaços de poder em detrimento da prestação de um serviço de segurança pública de qualidade e efetivamente comprometido com a defesa dos direitos fundamentais dos brasileiros. A superficialidade das discussões gerou compreensão inadequada e proporcionou conclusões rasas que infelizmente acabaram por influenciar políticas institucionais do próprio Ministério Público brasileiro.

Fruto deste complexo quadro legislativo, científico e político é a perfunctória classificação que subdividiu o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público em duas modalidades: difusa e concentrada.²¹ Referida classificação teve sua utilidade limitada à identificação do(s) órgão(s) do Ministério Público com atribuições pelo desempenho da atividade: quando realizada por múltiplos órgãos de execução com atribuições criminais, a modalidade de controle seria a difusa; quando executada por poucos órgãos de execução, por vezes um único órgão, estar-se-ia perante forma concentrada de controle, com algum grau de especialização.²²

Esse recorte **subjetivo** não se dispôs, portanto, a efetuar uma concreta identificação das ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa e concentrada pelos membros do Ministério Público. Por conseguinte, em relação a forma difusa de controle, o objeto da atividade acabou por naturalmente se identificar com a prática cimentada pelo artigo 16, do Código de Processo Penal de 1941²³, antecedente a Constituição Federal de 1988.

¹⁵ A Lei nº 8.625/93 praticamente repete, em seu artigo 26, inciso IV, a redação do artigo 129, inciso VIII, da CF e em seu artigo 40, inciso VIII especifica a genérica referência do artigo 9º, inciso II, da LC 75/93, ao dispor que é uma prerrogativa dos membros dos Ministérios Públicos estaduais *examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos*.

¹⁶ Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: XII – exercer o controle externo da atividade policial, civil e militar, instituído por ato do Procurador Geral de Justiça, por meio de medidas administrativas e judiciais, visando assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou correção de ilegalidades ou abuso de poder, com a faculdade de: a) fiscalizar e acompanhar atividades investigatórias; b) requisitar providências visando sanar omissão, ilegalidade ou abuso de poder; c) recomendar à autoridade policial a observância de leis e princípios jurídicos; d) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais; e) ter acesso ou requisitar documentos relativos à atividade-fim policial; f) receber da autoridade policial comunicação sobre a prisão de qualquer pessoa, com a indicação do lugar onde se encontra preso; g) recomendar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento cabível.

¹⁷ RIBEIRO, 2003, p.204, apud SALGADO, 2013. p.166.

¹⁸ SALGADO, Op. Cit. p.166.

¹⁹ ÁVILA menciona 4 obras escritas no Brasil que se dedicaram exclusivamente ao tema: FREYESLEBEN, 1993; D.C. RIBEIRO, 2003 p.183-322; GUIMARÃES, 2008; D.R. SALGADO et al., 2013. ÁVILA, D'Plácido, 2016. p.29. As razões desta escassez não são de fácil identificação e afirmar que uma outra circunstância foi decisiva para o fenômeno beira a leviandade. Não obstante, em menor ou maior intensidade, arrisca-se identificar como alguns dos principais fatores decisivos: i) a necessidade de imersão em campos do conhecimento estranhos ao jurista para compreensão adequada do tema, como a criminologia do desvio policial, a sociologia e a psicologia; ii) a resistência histórica a mudanças por parte das Instituições policiais brasileiras; iii) a própria centralização das discussões processuais penais em torno da dicotomia “inquisitório versus acusatório”; iv) a gradual perda de representatividade política do Ministério Público junto ao Congresso Nacional; v) a centralização de esforços Institucionais nos embates e negociações noutros temas, como a possibilidade de serem encetadas investigações diretas de infrações penais pelo Ministério Público.

²⁰ Sem embargo da qualidade e originalidade das obras que ainda em momento incipiente tiveram a ousadia de tratar do tema há recentes trabalhos publicados no Brasil marcados pela originalidade na medida em que abordam a matéria interdisciplinarmente, revelando a existência de uma vasta doutrina internacional sobre a atividade policial e demonstrando a necessidade de mecanismos eficientes de controle externo das polícias. Neste contexto, a obra coletiva organizada por SALGADO, DALLAGNOL e CHEKER, 2016 e ambas as obras de ÁVILA, 2016.

²¹ A definição de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada não é objeto deste trabalho, mas cabe ao menos mencionar aqui que sua definição padece de problemas ainda mais sérios, também derivados da fluidez normativa já mencionada, mas agravados pela ausência de ações e estruturação Institucional que o enfrentem sob o ponto de vista da criminologia dos desvios de condutas policiais. As ações de controle concentrado, portanto, estão hoje reduzidas na grande maioria dos Ministérios Públicos brasileiros: i) à atividade de repressão dos desvios de conduta policiais nas esferas criminal e de improbidade administrativa; ii) às visitas ordinárias e extraordinárias às repartições policiais (Resolução nº 20/2007, do CNMP).

²² Para uma definição doutrinária neste sentido ver ROLIM, 2013. p.139-162.

²³ Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Assim, no plano **objetivo**, o controle externo da atividade policial na modalidade difusa tomou concepção vinculada à atividade de lançar quotas de dilação de prazo em inquéritos policiais, acompanhadas, ou não, da requisição de diligências complementares à autoridade policial.²⁴

Essa classificação subjetiva e objetiva do controle externo da atividade policial na modalidade difusa acabou sendo incorporada pelo Conselho Nacional do Ministério Público no texto da Resolução nº 20/2007 (artigo 3º, inciso I): O controle externo da atividade policial será exercido: na forma de *controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos*.²⁵

Com a devida vênia, tal compreensão da atividade de controle externo da atividade policial na modalidade difusa importa numa redução normativa que não representa o âmago do projeto constitucional brasileiro para com o exercício desta atribuição pelo Ministério Público. O enfoque puramente subjetivo estreitou a compreensão da atividade como um todo e contribuiu, ainda que inadvertidamente, para um ambiente de descontrole e ineficiência da investigação criminal policial no Brasil, deixando de atender os dois vetores orientadores do processo penal pátrio, sumariamente tratados na Parte I deste trabalho.

Portanto, urge: i) identificar as ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa (**aspecto objetivo**) compatíveis com uma leitura constitucional de proteção e eficiência (*garantista integral*); ii) identificar uma estrutura orgânica do Ministério Público (**aspecto subjetivo**), capaz de executar essas ações, de acordo com cada realidade Institucional.²⁶

PARTE III

(a) Aspecto objetivo: as ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa.

O controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve ser compreendido como corolário do perfil constitucional do Ministério Público brasileiro. A Constituição Federal de 1988 incumbiu à Instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, CF) e, neste viés, atribuiu-lhe a responsabilidade pela fiscalização dos Poderes Públicos do Estado e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Carta Magna, devendo promover as medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, inciso II, CF).

Adicionalmente, o constituinte brasileiro traçou as linhas arquitetônicas de um processo penal em que o controle de toda a atividade policial ligada à persecução penal surge como corolário e deve ser interpretada a partir da própria titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I, CF)²⁷, conclusão que é reforçada pela via do comando expresso do artigo 129, inciso VII, da CF, dispositivos legais infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência.

Todas as ações desenvolvidas pelo *Estado-polícia*, desde o registro na *notitia criminis* até a remessa do inquérito policial concluído e relatado ao Ministério Público, forma um conjunto de atividades instrumentais ao exercício da atribuição ministerial do artigo 129, inciso I, da CF.²⁸ Cuida-se de uma atividade-meio desempenhada para um fim: a decisão do Ministério Público em oferecer ou não a denúncia, concretizando na eficiência desta relação a proibição da proteção insuficiente.²⁹ Além disso,

²⁴ FREITAS explicita esta limitação ao comentar o artigo 3º, inciso I, da Resolução nº 20/2007: *Quando aqui se fala em procedimentos, entenda-se essencialmente que se trata de inquéritos policiais e outros procedimentos de natureza semelhante, que concretizem a atividade de investigação policial. O exercício do controle difuso é, portanto, o meio mais comum de concretização desta atribuição do Ministério Público, tendo em conta que realizada por todos aqueles membros que apreciem autos de investigações policiais*. FREITAS, 2016 p.132.

²⁵ Não se olvide que a Resolução nº 20/2007, do CNMP dispõe que dentre as atividades de controle externo (não distinguindo se pela via difusa ou concentrada), incumbe ao Ministério Público ações que se defende nesta tese devam integrar o conteúdo do que se compreende por controle externo da atividade policial na modalidade difusa. Neste sentido, em especial, se encontram as ações dos incisos II (examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade) e V (verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário) do seu artigo 4º. Não obstante, na prática, tais atividades acabam sendo realizadas pela via concentrada, ou seja, pontualmente quando das visitas às unidades policiais, sendo que deveriam estar vinculadas a atividade de controle externo na modalidade difusa (ao órgão do MP encarregado da persecução penal daquela investigação), contando com o apoio de um órgão especializado do Ministério Público para tanto, conforme se verá adiante.

²⁶ Não obstante, como o conceito do qual se discorda é de natureza doutrinária, ainda que tenha sido encampado pela Resolução nº 20/2007, do CNMP, é desnecessária qualquer mudança de *lege lata* para migrar do atual estado de coisas, em que o controle externo da polícia na modalidade difusa corresponde tão somente à requisição tardia de diligências em inquéritos policiais, para um controle de objeto mais amplo.

²⁷ O E. Supremo Tribunal Federal entendeu assim ao julgar o Recurso Extraordinário 593727, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em 14 de outubro de 2015, que inclusive reconheceu ser também consequência da titularidade exclusiva da ação penal a legitimidade de investigações diretas de infrações penais pelo Ministério Público.

²⁸ Reconhecendo que o inquérito policial é um procedimento destinado ao Ministério Público, vide a decisão do E. Supremo Tribunal Federal no HC nº 94173 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. - Dje-223, 27.11.2009.

²⁹ Neste sentido, BADARÓ: (...) *não se pode perder de vista que o inquérito policial não tem um fim em si mesmo. Trata-se, em verdade, de um instrumento para viabilizar o futuro processo penal: seja para que através dele o promotor de justiça verifique se há justa causa para a ação penal, seja para que, no caso de oferecimento de denúncia, o juiz verifique se há viabilidade da acusação, receba a denúncia e permita o transcorrer do processo até a sentença final*. BADARÓ, 2016.

a atividade policial na primeira fase da persecução penal possui a função de filtro protetivo, para evitar acusações infundadas, destacando-se, aqui, o vetor da proibição de excesso.³⁰

Ressalte-se que toda e qualquer atividade policial – e não apenas a investigação policial e muito menos somente a investigação formalmente materializada no inquérito policial – desempenhada por instituições públicas que atuem na área de segurança pública estão no âmbito de controle do Ministério Público por imposição da Constituição Federal de 1988, já que esta não limitou essa atividade apenas à atividade de polícia judiciária, mas a toda a atividade policial e, onde não houve restrição, não cabe ao intérprete restringir.³¹

Nesta conjuntura, o sistema constitucional brasileiro estabeleceu uma inegável dependência funcional da investigação policial enquanto função de Estado ao Ministério Público³², característica comum às democracias constitucionais modernas a partir do reconhecimento de que a fase de investigação e de prevenção da prática de crimes é momento de significativo incremento dos riscos à violação de direitos fundamentais.

No Direito comparado ÁVILA destaca sistemas em que a atividade de investigação policial está funcionalmente dependente ao Ministério Público, como Itália, Portugal e Alemanha.³³ No Brasil, da mesma maneira, é possível que se extraia diretamente da Constituição Federal de 1988 a conclusão de que o limitado conjunto de ações comumente referidos como representativos do controle externo da atividade policial na modalidade difusa deva ser doravante compreendido como ações de controle processual mediato de toda a atividade policial com repercussões persecutórias penais.

Logo, uma compreensão constitucionalizada das ações de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público deve necessariamente compreender, ao menos, as seguintes ações³⁴:

i) Controle das ocorrências policiais.

De acordo com o conceito consolidado de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, a seleção daquilo que é registrado formalmente e eventualmente investigado é realizada exclusivamente pelas polícias, sem o controle adequado por parte do Ministério Público.

O discurso político-criminal que busca justificar, e quiçá em alguma medida legitimar, essa realidade se escora na abismal distância que separa o vasto programa de *criminalização primária*³⁵ e o número de ocorrências noticiando infrações penais da estrutura que o Estado brasileiro disponibiliza aos órgãos de segurança pública.³⁶ Ou seja, a polícia efetua, com exclusividade e num ambiente de descontrole, a filtragem que definirá *o quê e como* as investigações aportarão ao Ministério Público e eventualmente ao Poder Judiciário.

Um dos efeitos mais perversos dessa realidade é a concentração da atuação criminal do Ministério Público brasileiro na chamada *obra tosca da criminalidade*³⁷, de fácil detecção e investigação. Nas palavras de BITTNER: *os casos são resolvidos*

³⁰ LOPES JÚNIOR identifica como uma das finalidades da investigação preliminar: *a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar; pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e, com isso, também assegurar à sociedade de que não haverá abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grande intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente.* JÚNIOR, 2014, p.107-108. No Brasil, este filtro é também exercido, em certa medida, pelo Poder Judiciário, no momento em que é apreciada a resposta à acusação, introduzida na reforma promovida pela Lei nº 11.719/2008 nos artigos 396 e 396-A do CPP. Esta tendência se verifica em outros sistemas processuais penais, como na Itália cujo *codice di procedura penale* de 1988 prevê como etapa procedimental a *udizenza preliminare*, ato cujo fundamento é aferir a presença de elementos sumários de prova produzidos pela *indagine preliminare* e admitir, ou não a acusação imputada pelo Ministério Público.

³¹ ÁVILA, Juruá, 2016, p.147.

³² ROXIN, 2000, apud ÁVILA, Juruá, 2016.

³³ ÁVILA, Juruá, 2016, p.23-121.

³⁴ Deixa-se de incluir aqui, intencionalmente, o controle da atividade de inteligência policial como ação integrante do controle externo da atividade policial na modalidade difusa. A inteligência policial deve ser, também, controlada por ação do Ministério Público pela via difusa, mas a necessidade de abordar uma série de conceitos e premissas acerca do assunto impede sua abordagem no âmbito desta tese. Recomenda-se ao leitor interessado o artigo de CORRÊA, Marcos José Gomes; ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. O controle externo e o trabalho de inteligência policial. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013. p.193-208.

³⁵ Para ZAFFARONI, a criminalização primária é o programa penal de determinado país através de suas leis criminalizadoras de condutas enquanto que criminalização secundária é entendida como a forma como o programa é levado a cabo pelas agências do Estado. ZAFFARONI, 2003, p.43-53.

³⁶ A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário. (ZAFFARONI, 2003, p.44). No Estado do Paraná, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais aferiu, em julho de 2016, que apenas cerca de 15% de todas as notícias-crimes registradas no Estado do Paraná são investigadas através de inquéritos policiais. Verificou-se, ainda, uma aparente falta de critérios, com crimes graves como roubos e homicídios não sendo investigados formalmente pela via do IP pela polícia civil paranaense (Informações colhidas no PA nº 0046.16.057863-2).

³⁷ ZAFFARONI, 2003.

(quando são resolvidos) ou no momento em que o crime acontece ou pouco depois de ter acontecido ou, então, de modo geral, nunca mais.³⁸

É evidente que a investigação criminal brasileira, assim como toda a atividade de persecução penal, precisa ser racionalizada, o que passa necessariamente por uma eleição de prioridades. No entanto, os fins não podem justificar os meios, ou seja, é fundamental ao nosso Estado Democrático de Direito fazer observar os espaços apropriados para se decidir como se daria essa atividade de seleção.

Assim é que, por imposição constitucional e legal, tais decisões devem necessariamente passar pelo crivo do legislador e a seleção policial não pode escapar ao controle do Ministério Público. Cada recusa em registrar uma *notitia criminis* (o que importa em infração do dever funcional do policial) e cada *notitia criminis* que deixa de ser investigada pelas agências policiais (com a presença de *elementos mínimos para tanto*) caracteriza usurpação da atribuição constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (artigo 129, inciso I, da CF), além de violar o sistema normativo de controle da atividade policial (artigo 129, inciso VII, da CF e artigo 3º, alínea “d”, da Lei Complementar nº 75/93).

Ademais, o regime jurídico-constitucional conferiu ao Ministério Público o dever de defender os interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como de defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático, consagrando, para tanto, a autonomia institucional e independência funcional de seus órgãos.³⁹ Dentre estes direitos está o da prestação de um serviço de segurança pública adequado pelo Estado, não sendo possível haver uma solicitação para se prestar um serviço público e simplesmente não ocorrer qualquer resposta concreta sobre se tal serviço público será ou não prestado.⁴⁰

O controle de ocorrências criminais pelo Ministério Público já é realidade em sistemas processuais penais que ao longo da história têm influenciado significativamente legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Em Portugal, a comunicação da *notitia criminis* pela polícia ao Ministério Público é obrigatória (artigo 242.1.a, do CPP português); na Itália, não obstante a grande maioria das notícias-crimes serem endereçadas à polícia, entende-se que é o Ministério Público seu destinatário imediato, devendo a polícia encaminhá-la por escrito e *sem retardo* ao MP (artigo 347.1 do CPP italiano); na Alemanha, apesar da lei processual penal dispor que a notícia-crime recebida pela polícia deva ser encaminhada sem demora ao Ministério Público (§ 158.1, StPO), responsável por dirigir a fase investigativa, na prática apenas quando concluída a investigação pela polícia é ela encaminhada ao MP, de certa forma reproduzindo a prática brasileira.⁴¹

A proposta de controle das ocorrências policiais não é original⁴², mas enquanto não for devidamente localizada como ação atinente ao controle externo difuso da atividade policial, a tendência é que o Ministério Público brasileiro permaneça se omitindo nessa atividade.

Apesar de não ser este o espaço para uma incursão minuciosa sobre o grau de controle que pode e deve ser desempenhado pelo Ministério Público nessa atividade, é preciso deixar claro que não se está a defender a hipótese de que a *notitia criminis* deva sempre dar azo à instauração de um inquérito policial. **O controle deve ser legal.** Cabe ao Ministério Público aferir a presença, ou não, de *justa causa* para a instauração do inquérito policial, nos termos do que exige o artigo 5º, §3º, do CPP43 e conforme jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

E a *justa causa* aqui possui um baixo nível de cognição, identificado pela doutrina como a possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da existência de um fato criminoso, ou seja, o exigido para a instauração do inquérito são os indícios sobre a existência do fato (materialidade), diretos ou indiretos, não sobre a sua autoria, a ser identificada durante a investigação policial no bojo de um inquérito policial.⁴⁵

Enfim, além do latente aspecto de controle da legalidade dessa atividade, o controle de ocorrências criminais pelo Ministério Público concretiza os dois princípios centrais do processo penal brasileiro: (i) a proibição da proibição insuficiente, na medida em que a intervenção precoce do titular exclusivo da ação penal pública importa em uma investigação mais eficiente, pois possibilita a imediata indicação de diligências a serem executadas no bojo de inquérito policial, a fim de eventualmente

³⁸ BITTNER, 2003, p.229-230, apud ÁVILA, Juruá, 2016, p.234.

³⁹ MAZZILLI, 2001. p.94.

⁴⁰ ÁVILA, Juruá, 2016, p.244.

⁴¹ Há nestes sistemas jurídicos dispositivos que apresentam as circunstâncias extraordinárias nas quais poderá a polícia executar algumas espécies de atos investigatórios urgentes, para preservação da prova ou salvaguardar direitos fundamentais dos cidadãos. Para mais detalhes do seu funcionamento: ÁVILA, Juruá, 2016. p.24-59.

⁴² A proposta já constava do Manual Nacional do controle externo da atividade policial, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, 2012.

⁴³ Artigo 5º – Nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. §3º – Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

⁴⁴ STF, HC 100.042, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02/10/2009.

⁴⁵ ÁVILA, Juruá, 2016, p.242/243. No mesmo sentido: STJ, AgRg na Sd 56/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. em 04/02/2009.

assegurar a produção de provas relevantes ao esclarecimento da hipótese investigada⁴⁶, evitando-se, também, a dispersão da investigação com a prática de atos inúteis; (ii) a proibição de excesso, pois o controle da *notitia criminis* em seu nascedouro reduz os riscos de desvios de condutas policiais (como a corrupção) e minimiza a natural tendência de violações a direitos individuais nesta fase embrionária da persecução penal; possibilita-se, inclusive, que o papel de filtro da investigação preliminar seja mais qualificado e menos inocentes sejam formalmente acusados pelo Ministério Público.

(ii) Controle dos “procedimentos de averiguação preliminar”.

Consequência natural da implementação do controle de ocorrências é a efetividade de mecanismos de controle sobre a ilegal rotina de diversas Delegacias de Polícia brasileiras em realizar investigações preliminares a partir do momento que a ocorrência chega ao seu conhecimento, para apenas depois decidir sobre a instauração de inquérito policial.

Como precisamente observado por ÁVILA, *essa prática acaba por condicionar a instauração do inquérito à viabilidade de solução do caso (e não o contrário, de se instaurar o inquérito exatamente para verificar a viabilidade de solução do caso). Em situações ainda mais graves, a Polícia realiza toda a investigação fora do IP, para depois simplesmente instaurá-lo, juntar todas as diligências anteriores já prontas e remetê-lo à Justiça.*⁴⁷

Acrescente-se, ainda, o problema atinente a natureza informal desses procedimentos. Algumas Delegacias chegam a instaurar formalmente um procedimento que, caso não atenda aos critérios para instauração de inquérito, são arquivados diretamente pelo Delegado de Polícia, em nítida afronta ao artigo 129, inciso I, da CF. Por outro lado, há unidades que adotam práticas absolutamente informais, que não são registradas e escapam à qualquer espécie de controle, representando graves riscos à violação de direitos individuais e desvios de conduta dos policiais.

A própria Lei nº 12.830/2013, em seu artigo 2º, §1º, dispõe que a investigação policial conduzida pelo Delegado de Polícia ocorrerá no inquérito policial, **ou de outro procedimento** previsto em lei. E a legislação brasileira prevê apenas o inquérito policial como instrumento de investigação do Delegado de Polícia.⁴⁸

Não se olvida que a prática encontra certo respaldo em parte da jurisprudência, que admite a realização de procedimentos de averiguações preliminares pela polícia e pelo Ministério Público. Esta construção jurisprudencial surgiu como uma maneira de buscar uma solução intermediária ao problema da *notitia criminis* anônima.⁴⁹

Nesse contexto, é preciso reconhecer que o Ministério Público brasileiro tem – implicitamente, ou o que é ainda mais preocupante, explicitamente – admitido as práticas ilegais da instauração de *procedimentos de averiguações preliminares*, ou mesmo se valido delas, anuindo, assim, ao discurso político das polícias e admitindo que o Delegado de Polícia, ou o membro do Ministério Público, se sobreponham ao legislador.⁵⁰

Imprescindível, assim, que se promova o efetivo controle de tais procedimentos. Apesar de se defender a sua ilegalidade, reconhece-se que pelo fato da jurisprudência amparar, em alguma medida, a realização dos procedimentos de averiguação preliminar⁵¹, a atuação do Ministério Público poderia se dar pela via de recomendação a Polícia Civil para que: (i) regulamente a sua prática, delimitando as hipóteses, fixando prazos e um mínimo procedimento para a sua execução; (ii) no bojo da regulamentação estabeleça ser imprescindível a comunicação de sua instauração (de preferência no próprio sistema eletrônico onde as atividades cartorárias da Polícia Civil são registradas) e o seu desfecho ao Ministério Público, a quem cabe a última palavra na hipótese de seu arquivamento (artigo 129, inciso I, CF).

⁴⁶ Sob o ponto de vista da dinâmica da investigação criminal a atuação precoce do Ministério Público, na condição de órgão externo à polícia, é recomendada por pesquisas da psicologia experimental, pois o controle externo precoce, no momento da formação da hipótese investigatória, é capaz de reduzir os impactos negativos dos fatores cognitivos e motivacionais sempre presentes no “processo” investigatório. Neste sentido, a obra de SIMON, 2012, p.17-49.

⁴⁷ ÁVILA, Juruá, 2016, p.244.

⁴⁸ A Resolução nº 13, do CNMP, que dispõe acerca da investigação direta de infrações penais pelo Ministério Público e prevê que o instrumento para esta atividade será o Procedimento Investigatório Criminal, determina que à *notitia criminis* deve ser dado encaminhamento no prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento, sendo que tal prazo pode ser prorrogado por até 90 (noventa) dias, *nos casos em que sejam necessárias diligências preliminares para a investigação dos fatos para formar juízo de valor.* (artigo 3º, §5º)

⁴⁹ Alguns poucos precedentes do STJ chegam a aceitar a legalidade do que se denomina procedimento de verificação de procedência das informações: STJ, 6ª Turma, HC 103.566/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. em 11/11/2008. O STF já aceitou, inclusive, a averiguação sumária aparentemente informal nos casos de notícias anônimas: STF, 2ª Turma, HC 109598, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/03/2016.

⁵⁰ “Ainda que a taxa de não resolução de casos se elevasse com essa solução (que é a legal), isso seria produtivo para documentar a situação problemática e cobrar resultados efetivos das autoridades responsáveis pelo aparelhamento das forças policiais. Aliás, o excesso de burocracia na tramitação do IP poderia ser substancialmente reduzido, como, por exemplo, ocorre com o procedimento dos Termos Circunstanciados previstos na Lei 9.099/1995, ou mesmo pela reinvenção da rotina administrativa das Delegacias de Polícia, preferencialmente orientada por profissionais de administração (e não do Direito)”. ÁVILA, Juruá, p.245.

⁵¹ De fato, a prática encontra certo respaldo em parte da jurisprudência, que admite a realização de *procedimentos de averiguações preliminares* pela polícia e pelo Ministério Público. Alguns poucos precedentes do STJ chegam a aceitar a legalidade do que se denomina *procedimento de verificação de procedência das informações*: STJ, 6ª Turma, HC 103.566/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. em 11/11/2008. O STF já aceitou, inclusive, a averiguação sumária aparentemente informal nos casos de notícias anônimas: STF, 2ª Turma, HC 109598, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/03/2016. Esta construção jurisprudencial surgiu como uma maneira de buscar uma solução intermediária ao problema da *notitia criminis* anônima.

(iii) O pragmatismo com o qual o tema é tratado e a Integridade do Direito.

Não se olvida que os posicionamentos que defendem a discricionariedade policial na seleção das notícias criminais que serão investigadas e da utilização de procedimentos informais de investigação prévios ao inquérito policial acabaram surgindo e se impondo por razões pragmáticas. Em última análise, trata-se de um viés utilitarista que se alimenta da inércia do legislador, da escassez de investimentos na segurança pública por parte do Estado e da burocratização do modelo de investigação policial adotado no Brasil.

Não obstante, a fim de manter a integridade do próprio Direito⁵², o Estado de Direito impõe limites à atividade do operador jurídico, como bem adverte STRECK: *Juízes têm responsabilidade política, não no sentido vulgar, mas no sentido de accountability. Juízes devem julgar por princípio e não por moral ou política ou por análise econômica. Não é a sua função. É o Direito que deve filtrar a subjetividade, a moral, os desejos políticos e as idiossincrasias dos juízes e membros do MP. E não o contrário. Se a moral (o subjetivismo lato sensu ou o particularismo subjetivista, como bem diz Lorenz Puntel) pode corrigir o direito, então já não teremos direito. Teremos uma coisa que já não é ela mesma, mas outra bem diferente: a substituição das leis e da CF pela convicção pessoal do magistrado.*⁵³

(b) Plano subjetivo: os órgãos de controle externo da atividade policial na modalidade difusa.

O controle proposto seria, até pouco tempo atrás, impossível de ser colocado em prática. Atribuir a cada Promotor de Justiça responsável pelo controle externo da atividade policial na modalidade difusa o escrutínio de todas as ocorrências policiais lavradas em uma determinada Comarca seria inviável do ponto de vista operacional e funcional.

Justamente por isso essas ações estão atualmente sendo executadas no âmbito do controle concentrado, esporadicamente e de maneira deslocada da atividade de persecução penal. Nesta senda, necessário um primeiro aspecto corretivo: ações relacionadas ao controle da atividade investigativa policial - como as de controle das ocorrências e dos procedimentos de averiguação preliminar - devem ser compreendidas como parte do controle externo da atividade policial na modalidade difusa.

Portanto, integram as atribuições de execução das Promotorias de Justiça com função ordinária de atuação na primeira fase da persecução penal. E para torná-la factível a atividade deve contar com **apoio um órgão estadual ou regional, com acesso irrestrito e imediato aos sistemas gerenciados pelos órgãos de segurança pública do Estado**, nos quais se operem registros e atualizações em tempo real das informações sobre todas as ocorrências registradas pela polícia, procedimentos de averiguação preliminar e inquéritos policiais.

A viabilização das atividades deste órgão de apoio se dará a partir do registro eletrônico das ocorrências com pontos de referência (ou metadados) que permita racionalizar sua interpretação e categorização. A viabilidade de um órgão desta natureza no âmbito do Ministério Público passa pela definição de métodos e rotinas de trabalho que otimizem a “leitura inteligente” dos dados das ocorrências, separando-as em diferentes níveis para posterior repasse, já sistematizado, aos órgãos de execução.

Controle externo da atividade policial na modalidade difusa: estruturação do MP

Órgãos de execução

- Controle da atividade policial investigativa
- Promotorias de Justiça criminais

Órgão(s) de Apoio

- Análise de dados em tempo real
- Abrangência estadual ou regional

Por meio desses acessos e de uma perene “auditoria inteligente” das ocorrências, procedimentos preliminares e inquéritos policiais, o Ministério Público será capaz de desenvolver sua própria base de dados e ter uma visão global não apenas sobre os índices de notícias de crime versus inquéritos policiais instaurados, mas sobre os índices da própria criminalidade numa determinada unidade federativa.

Além disso, a partir dessa visão global/estadual de cada Ministério Público, o órgão de apoio ora proposto poderá detectar deficiências da atividade policial investigativa e auxiliar o órgão de execução especializado pela tutela estadual da segurança pública (ou de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada) no âmbito de cada Ministério Público.

⁵² DWORKIN, Capítulo 6, 1988.

⁵³ STRECK, texto disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>.

Assim, finalmente terá o Ministério Público a possibilidade de estabelecer uma política criminal Institucional, alicerçada em dados e direcionada ao controle da legalidade, verificando o quê está e como está investigando a polícia em cada uma das Promotorias de Justiça criminal. Nas palavras de BRUSCHI, tais controles se apresentam como verdadeiros pré-requisitos para a **emancipação do Ministério Público** como órgão de política criminal.⁵⁴

PARTE IV

Ao final, apresenta-se a conclusão da tese através da seguinte **PROPOSTA DE ENUNCIADO**:

O controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve ser compreendido no bojo de um processo penal fundamentado na busca pelo **equilíbrio entre a proibição da proteção insuficiente e a proibição do excesso, com um primeiro enfoque de caráter objetivo** visando identificar as atividades a serem executadas pelo órgão do Ministério Público, v.g. as ações de controle da legalidade das *notitias criminis* que ensejam na instauração de inquéritos policiais e instauração, diligências e encerramento de procedimentos preliminares de averiguação (artigo 129, incisos I e VII, da CF; artigo 3º, “d”, da LC nº 75/93; artigo 57, XII, “a”, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná – LC 85/99).

Somente a partir da definição de quais serão as ações executadas no bojo do controle mediato da investigação policial é que o Ministério Público deve se ocupar em **definir quais órgãos serão responsáveis pela atividade**, sendo que, nos termos ora propostos:

i) a sua **execução deve necessariamente ser atribuição das Promotorias de Justiça criminais atualmente responsáveis pela análise de inquéritos policiais** (primeira fase da persecução penal);

ii) deve haver um órgão de **apoio especializado, estadual ou regional**, responsável pelo desenvolvimento de um método de leitura e categorização dos dados de segurança pública (v.g., rotinas e regulamentações das atividades policiais relacionadas à investigação, estruturação material e pessoal das agências policiais de investigação, registro de ocorrências policiais, procedimentos preliminares de averiguação, inquéritos policiais), a fim de racionalizar e otimizar o exercício da atividade do órgão de execução, além de possibilitar uma visão macro dos padrões de atuação policial que demandem ações ampliadas e planejadas de controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

_____, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: *Polícia e investigação no Brasil*. Coordenadores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Eneas Romero de Vasconcelos. p.260. *Gazeta Jurídica*: Brasília/DF, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1988.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* In: *Garantismo penal integral*. Org. Bruno Calabrich et al. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Enrico Resende de. *Modalidades e extensão do controle externo*. Org. Daniel de Resende Salgado, et al, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília, DF: *Gazeta Jurídica*, 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

54 BRUSCHI, 2002, p.335, apud ÁVILA, Juruá, 2016, p.231.

_____, Rodrigo Régner Chemim. *Desvinculando-se da dicotomia “inquisitório versus acusatório” e firmando-se o novo paradigma constitucional para Sistema Processual Penal Brasileiro, funcionalizado pela dupla baliza de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente*. In: Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente. Coord. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Manual Nacional do controle externo da atividade policial, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. 2. ed. Brasília, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

NETO, Orlando Faccini; RAMIRES, Maurício. *Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova*. In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

ROLIM, Luciano. *Modalidades e extensão do controle externo*. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013.

SALGADO, Daniel de Resende. *O controle externo, a seletividade e a (in)eficiência da investigação criminal*. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013.

_____, Daniel de Resende. *A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal*. In: Garantismo penal integral. Org. Bruno Calabrich et al. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Daniel de Resende. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SIMON, Dan. *In doubt: the psychology of the criminal justice process*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O Direito e três tipos de amor: o que isso tem a ver com subjetivismo?* Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: 22 de março de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003

*ANÁLISE DE DECISÕES DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E
A REPERCUSSÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DO DIREITO INTERNO ESPECIALMENTE NO
DIREITO À SEGURANÇA ¹*

ANDREA TEIXEIRA DE SOUZA*

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS**

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo

**Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EXPOSIÇÃO:

O presente trabalho, ao analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstra a conexão existente entre a proteção de direitos humanos a ser prestada pelo Estado e a garantia ao direito à segurança e outras políticas preventivas. Será defendido que é dever do Estado garantir a proteção à toda e qualquer pessoa humana no âmbito de seu território, assegurando os direitos à vida, integridade física e sexual, liberdade e, investigando e punindo criminalmente os responsáveis pela violação a esses direitos, notadamente, quando atingem crianças.

Nesse sentido, serão mencionados casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos quais houve a reprovação da postura do Estado Brasileiro em razão de sua omissão na investigação e punição de agentes, públicos ou particulares, que violaram o direito à vida, integridade física ou sexual de pessoas no território brasileiro, inclusive crianças. Será defendido que os direitos à vida, à integridade física e sexual são direitos humanos assegurados nos Tratados Internacionais e que o Estado Brasileiro pode ser punido, na perspectiva de direitos humanos, pela demora ou omissão na condenação criminal de pessoas que praticaram crimes de homicídio, estupro e lesões corporais, ressaltando também a importância da reparação dos danos causados.

É relevante a capacitação da rede de atendimento na área dos direitos humanos sob a perspectiva de que os agentes públicos podem ser responsabilizados criminalmente por ações e omissões na proteção de direitos humanos, tendo em vista que deixar o Estado de promover a persecução penal dos violadores ou fazê-lo em lapso temporal não razoável constitui outra violação.

DIREITO A SEGURANÇA E DIREITOS HUMANOS

Consoante exposição de André de Carvalho Ramos, os direitos humanos “*são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna*”, *garantidos a todos, no sentido que unem toda a comunidade humana tanto na titularidade quanto na sujeição passiva: “não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo”*².

A responsabilidade do Estado na proteção dos direitos humanos deve ser tratada de forma global. Se por um lado, os agentes públicos não podem violar direitos humanos, também não pode o Estado permitir a violação dos direitos humanos por particulares. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular, na chamada eficácia horizontal dos direitos humanos. Do ponto de vista objetivo, a conduta pode ser ativa e/ou passiva. O direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto comissiva por parte dos agentes públicos: “*de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, têm o dever de proteção (ação) para impedir que outrem viole a vida.*”³

A impunidade, como ressalta Eleonora Mesquita Ceia⁴, propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos, que também são vulneradas quando não há duração razoável do processo penal⁵.

Assim, no sentido da eficácia horizontal dos direitos humanos, o direito penal ganha relevância, na medida em que impõe as mais graves sanções para um comportamento considerado não adequado. E é inegável que o direito penal tem força simbólica e capacidade para alterar comportamentos na sociedade, notadamente quando a sua aplicação está devidamente integrada no atuar das instituições encarregadas da efetividade desse ramo do direito. Aliás, como nos ensina Claus Roxin, a função do direito penal consiste em “*garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos*”⁶. Ao contrário do que pugnam os abolicionistas, “*liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo a paz social*”⁷. A situação é ainda mais grave quando grupos vulneráveis, como mulheres e crianças, ficam expostos a situações de violência.

Assim, pode-se afirmar que a missão do Estado é garantir aos cidadãos uma vida em segurança e liberdade sob a proteção dos direitos humanos e o direito penal é um forte instrumento para isso. Conforme ensina Claus Roxin, são bens jurídicos todas as condições de uma convivência pacífica, liberal e conforme aos direitos humanos, destacando-se a integridade física

2 Ramos, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 3 ed. 2016, p. 30

3 Ramos, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 3 ed. 2016, p. 31

4 CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil in Revista da EMERJ, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar. 2013, p. 122

5 Com violação ao artigos 8.1 e 25.1 combinado com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

6 Roxin, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006., p. 16.

7 Roxin, Claus. Estudos de Direito Penal. 2ª ed/Claus Roxin; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5.

e a integridade sexual⁸. A noção de bem jurídico descreve não somente o dever de proteção estatal mas também seus limites, equilibrando a proteção por meio do direito penal e diante do direito penal.

Com efeito, a partir do século XX, os direitos humanos não mais se esgotam na sua função tradicional de defesa da autonomia e liberdade dos indivíduos em face do Estado, numa perspectiva reativa contra potenciais agressões por parte deste, mas adquirem uma função multifuncional, que exige prestações positivas por parte do Poder Público. Assim, em contraste com a unidimensionalidade de outrora, fala-se de uma multifuncionalidade (ou plurifuncionalidade) dos direitos fundamentais⁹.

A legitimidade do direito penal na proteção contra a violência é reforçada pela ordem internacional de proteção dos direitos humanos. Aliás, o fundamento da ordem internacional de proteção dos direitos humanos é justamente o fortalecimento da tutela e da garantia dos direitos humanos no âmbito nacional¹⁰. O sistema interamericano de direitos humanos salvaguarda o avanço do direito internacional dos direitos humanos no âmbito interno e previne retrocessos. As sentenças da corte servem para a adoção de políticas públicas em setores tradicionalmente menos amparados, fomentar a edição de leis internas e mostrar atenção para o abuso ou omissão de agentes públicos.

RESPONSABILIDADE PELA NÃO PUNIÇÃO PENAL NA CORTE DE DIREITOS HUMANOS

O Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992 e aceitou a jurisdição contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

A análise detalhada das sentenças da Corte nos permite perceber um impacto positivo no plano interno brasileiro, mediante transformações políticas, jurídicas, legislativas e culturais.

A jurisprudência da Corte contribuiu para a promoção dos direitos humanos e o desenvolvimento da democracia no Brasil. A consagração constitucional da jurisprudência e dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como o desenvolvimento da cultura dos direitos humanos são as respostas mais adequadas para assegurar a efetividade das decisões da Corte no direito brasileiro e confirmar a jurisprudência interamericana como fonte direta de interpretação pelos tribunais nacionais na solução de questões e conflitos jurídicos que envolvam a tutela dos direitos humanos¹¹.

Ao analisar os casos julgados pela Corte em que o Brasil foi condenado por violações de direitos humanos, veremos que as sentenças da Corte servem de impulso para a adoção de políticas públicas em setores tradicionalmente menos amparados, modificar a legislação interna com a edição de leis que garantem os direitos das vítimas de violações de direitos humanos e dirigem a atenção da sociedade para os abusos cometidos por agentes públicos. E, a partir da análise dos julgados da Corte, pode-se apontar como sendo o principal ponto de dificuldade para a implementação de suas decisões a investigação e a responsabilização penal dos violadores de direitos humanos.

Em algumas situações, o Brasil reconheceu deficiências na sua atuação, e propôs acordos perante a Comissão Americana de Direitos Humanos, como ocorreu na situação dos “meninos emasculados”, no Maranhão, e no caso “Maria da Penha”, no Ceará. Em ambos os casos, não chegou a haver condenação do Brasil pois houve um acordo, perante a Comissão, em que o Brasil reconheceu o seu erro na investigação e punição dos envolvidos em crimes de abuso sexual de crianças, no primeiro caso, e tentativa de homicídio em situação de violência doméstica, no segundo caso.

Por outro lado, alguns fatos, ocorridos no Brasil, foram levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que serão destacados abaixo em razão de haver expressa condenação:

1-) Caso Damião Ximenes Lopes

No caso 12.237, conhecido como *Damião Ximenes Lopes (homicídio e maus tratos a deficiente mental – Ceará)*, o Estado brasileiro foi responsabilizado pelas condições desumanas e degradantes da hospitalização do senhor Damião Ximenes Lopes -uma pessoa com deficiência mental- em um centro de saúde que operava dentro do Sistema Único de Saúde brasileiro, chamado *Casa de Repouso Guararapes*. Damião sofreu golpes e ataques contra sua integridade pessoal por parte dos funcionários da *Casa de Repouso* e morreu enquanto estava submetido a tratamento psiquiátrico naquele local. Houve falta de investigação e garantias judiciais que fomentaram a impunidade dos responsáveis pelas agressões. O fato ocorreu em outubro de 1999.

8 Roxin, Claus. El fundamento político criminal de la teoría general del derecho penal. II Curso de Verão na Universidade de Göttingen, Alemanha, 2016, texto encaminhado aos alunos, p. 1.

9 Silva, Jorge Pereira da Silva. Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015, p. 26

10 CEIA, Eleonora Mequista. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. Revista da EMERJ. V. 16, n. 61, p. 113/152.

11 CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil in Revista da EMERJ, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar. 2013, p. 114

Concluiu-se que o Estado brasileiro foi responsável pela violação ao direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e as garantias judiciais, consagrados nos artigos 5, 4, 25 e 8, respectivamente, da Convenção Americana, devido à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, as violações a sua integridade pessoal e morte; bem como a obrigação de investigar os fatos. Foi recomendado que o Brasil realizasse uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos relacionados com a morte de Damião Ximenes Lopes ocorrida na *Casa de Repouso Guararapes* em 4 de outubro de 1999, visando à determinação da responsabilidade e sanção efetiva dos envolvidos; 2. Reparar adequadamente os familiares de Damião Ximenes Lopes pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório; 3. Adotar as medidas necessárias para evitar que ocorram fatos similares no futuro. A Comissão Interamericana considerou de suma importância o reconhecimento judicial dos fatos pois o Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessária e/ou não efetua uma investigação séria, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometidas seja por seus agentes ou por particulares. Assim, a falta de investigação oportuna por parte do Estado das diversas denúncias de mortes de pacientes nesta clínica, e as diferentes queixas de maus tratos de pacientes internados nesta instituição, foram consideradas condições que permitiram o resultado fatal no caso analisado. Foi mencionado que: “Se o Estado tivesse investigado poderia ter impedido que esta *Casa de Repouso* continuasse prestando serviços em nome e por conta do Estado brasileiro nas condições em que o fazia”. A partir desta perspectiva, foi considerado que o Estado não preveniu as condições que facilitaram e conduziram à morte do senhor Ximenes Lopes.

O caso Ximenes Lopes foi o primeiro caso relacionado ao Brasil julgado pela Corte desde o reconhecimento da obrigatoriedade da competência desta pelo País e a primeira condenação do Brasil em uma instância internacional de direitos humanos e também a primeira sentença da Corte relativa a violações de direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

A Corte considerou a demora nos processos (o fato de não haver uma sentença de primeiro grau após seis anos do início da ação penal) como uma violação do direito de acesso à justiça e do direito à duração razoável do processo.

Por unanimidade, a Corte decidiu que o Estado deve: a-) garantir a celeridade da justiça para investigar e sancionar os responsáveis pela tortura e morte de Damião; continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para os profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental; c-) pagar indenização como medida de reparação à família de Damião e d-) publicar a sentença no Diário Oficial ou em jornal de circulação nacional.

Após a publicação da decisão, o Estado brasileiro cumpriu os pontos referentes à publicação da sentença e pagamento de indenização. Porém, a Corte deixou em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento da sentença por um período (Resolução de 17 de maio de 2010) em razão do Estado não ter cumprido os pontos referentes à determinação da conclusão do processo penal em prazo razoável e ao desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde mental segundo os princípios internacionais sobre a matéria.

Em termos gerais, a sentença da Corte produziu resultados positivos: a responsabilidade do Brasil por violação a direitos humanos, indenização da família pela morte de Damião, chamou a atenção da sociedade para o tratamento dispensado a pessoas portadoras de transtorno mental em estabelecimentos psiquiátricos no País, pressionando o governo brasileiro a empreender reformas das políticas públicas no campo da saúde mental e trouxe a lume a questão criminal com sua demora na responsabilização penal dos envolvidos.

2-) Caso Gilson Nogueira de Carvalho

O caso 12.058, conhecido como Gilson Nogueira de Carvalho, tratou de ações e omissões relacionadas à investigação sobre o homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, defensor de direitos humanos, ocorrido no Rio Grande do Norte, e pela falta de reparação adequada em favor dos seus pais. Gilson Nogueira de Carvalho lutava contra a impunidade no Rio Grande do Norte, denunciando atividades criminais de um grupo de extermínio que se dedicava a sequestrar, assassinar e torturar supostos criminosos com total impunidade. De forma paradoxal, sua morte juntou-se ao conjunto de casos em que imperou a falta de investigação e punição. A importância do caso foi considerada com base na violação aos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na necessidade de fazer justiça para os familiares da vítima e lhes oferecer uma reparação adequada. A Comissão estimou que estas violações são resultado da falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e sanção dos responsáveis, e a carência de um recurso efetivo. O relatório, citando dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que indicavam que somente 7,8% de aproximadamente 49.000 homicídios cometidos no Brasil cada ano são investigados e processados com êxito, considerou que houve uma falha do Estado brasileiro em exercer a devida diligência no funcionamento da justiça.

3-) Caso Arley José Escher e outros

O caso 12.353 refere-se à interceptação e monitoramento considerados ilegais das linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, membros das organizações sociais Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais e Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda, duas

organizações associadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná. Foram consideradas descumpridas as obrigações internacionais ao incorrer na violação dos artigos 8 (direito ao devido processo legal), 11 (proteção da honra e da dignidade), 16 (liberdade de associação) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nas referidas interceptações, foi considerado pela Comissão não cumprido o artigo 5º da Lei nº 9.296/96, que expressamente estabelece que a resolução que autorize a interceptação “será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual período, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. No caso, as escutas e gravações estenderam-se por 49 dias, não foi dada ciência ao Ministério Público e foi violado o segredo de justiça, com a divulgação do seu teor na imprensa causando danos aos envolvidos. A Comissão solicitou à Corte que declarasse que o Estado brasileiro violou o direito à proteção da honra e da dignidade da pessoa, o que abrange sua privacidade, segundo o artigo 11 do aludido Tratado, lido em conexão com os artigos 30 e 32.2 do mesmo instrumento e salientou que o direito de reunião e a liberdade de associação são fundamentais para a existência e o funcionamento de uma sociedade democrática.¹² Consequentemente, a proteção desses direitos comporta não somente a obrigação do Estado de não interferir no exercício do direito de reunião ou associação, mas a obrigação de adotar, em certas circunstâncias, medidas positivas para assegurar o exercício efetivo da liberdade, por exemplo, protegendo os participantes de uma manifestação contra a violência física por parte de pessoas que possam sustentar opiniões opostas.

Por unanimidade, a Corte decidiu que o Estado deve: a-) pagar a cada vítima indenização por danos morais; b-) publicar a sentença no Diário Oficial ou jornal de grande circulação; c-) investigar os fatos que geraram as violações do caso. Em 4 de julho, a Corte informou que resolveu concluir e arquivar o caso visto que o Brasil pagou a indenização por dano moral às vítimas e publicou a sentença.

A contribuição do julgado foi relevante no sentido de a sociedade brasileira voltar suas atenções para os abusos cometidos por agentes públicos quanto à aplicação da Lei 9.296/96. Nesse sentido, as interceptações telefônicas passaram a ser melhor monitoradas e atualmente existe uma fiscalização do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

A decisão é importante, outrossim, para fins de análise da divulgação dos dados telefônicos em rede nacional dos ex-Pre-sidentes Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff para eventuais responsabilidades criminais.

4-) Caso Sétimo Garibaldi

No Caso 12.478, conhecido por SETIMO GARIBALDI, houve a responsabilidade decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998. Nessa data um grupo de aproximadamente 20 pistoleiros realizou uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná. Os fatos foram denunciados à polícia, sendo instaurada uma investigação policial que foi arquivada sem terem sido removidos os obstáculos e mecanismos que mantiveram a impunidade no caso, nem concedidas as garantias judiciais suficientes para diligenciar o processo e sem se conceder uma reparação adequada aos familiares do Senhor Sétimo Garibaldi - a Senhora Iracema Garibaldi e os filhos do Senhor Sétimo Garibaldi. A Comissão Interamericana solicitou à Corte que fosse estabelecida a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por não cumprir as obrigações internacionais ao incorrer na violação dos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e descumprimento da obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecida no artigo 1.1 e do dever de adotar disposições de direito interno constante do artigo 2 do mesmo instrumento, bem como em consideração das diretivas decorrentes da cláusula federal constante do artigo 28 do mesmo instrumento. A Comissão considerou que este caso representou uma oportunidade importante para o desenvolvimento da jurisprudência interamericana sobre os deveres de investigação penal do Estado frente a execuções extrajudiciais, bem como a aplicação de normas e princípios de direito internacional e os efeitos de seu descumprimento no tocante à regularidade do processo penal; a impunidade resultante do arquivamento da investigação sem terem sido envidados esforços diligentes para a identificação dos responsáveis pela execução extrajudicial; e a necessidade imperativa de justiça para combater a impunidade em casos com estas características. A Comissão Interamericana solicitou à Corte, entre outras, que ordene ao Estado brasileiro: 1-) realizar uma investigação completa, imparcial e eficaz da situação, com o objetivo de estabelecer a responsabilidade no tocante aos fatos relacionados com o assassinato de Sétimo Garibaldi, punir os responsáveis e determinar os impedimentos que vedaram proceder tanto a uma investigação como a um julgamento efetivos; 2-) Reparar plenamente os familiares de Sétimo Garibaldi, incluindo tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos ocorridas no caso.

A Corte condenou o Brasil pela não responsabilização dos envolvidos no assassinato de Sétimo Garibaldi. Foi ressaltada a responsabilidade do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo. E concluiu que a morosidade e a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de provas essenciais caracterizaram violação aos artigos 8 e 25, em relação ao art. 1.1, todos da Convenção. Concluíram que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no inquérito sobre a morte de Sétimo, o qual excedeu um prazo razoável, violando os direitos às garantias e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 em relação ao art. 1.1 da Convenção. Ressaltou que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos.

¹² CIDH, Relatório sobre terrorismo e direitos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de outubro de 2002, par. 359.

Por unanimidade a Corte resolveu que o Estado deve a-) dar publicidade à sentença; b-) conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir para identificar, julgar e sancionar os autores da morte de Setimo; c-) o Estado também deve investigar e sancionar eventuais faltas funcionais nas quais poderiam ter incorrido os agentes públicos encarregados do inquérito; d-) pagar indenização por danos morais e materiais à viúva e filhos de Setimo.

Segundo a Corte, o direito à verdade está inserido no direito da vítima ou de sua família obter dos órgãos estatais competentes o esclarecimento dos fatos violadores e as respectivas responsabilidades, por meio da investigação e o julgamento previstos no art. 8 e 25 da CADH¹³.

A sentença, em 2012¹⁴, estava pendente de cumprimento aguardando a investigação penal dos fatos, ressaltando que decorridos doze anos desde a morte de Sétimo, os fatos não haviam sido esclarecidos e os responsáveis sancionados.

5-) Caso Gomes Lund.

O Caso 11.552, conhecido como Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), trata da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985). O caso foi submetido à Corte porque, em função da Lei N° 6.683/79 (doravante também “Lei de Anistia”), o Estado não levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 70 vítimas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996; porque os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lucia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação, afetaram os familiares dos desaparecidos.

O Brasil foi condenado em razão desse desaparecimento forçado. A Corte entendeu que o Estado violou os seguintes direitos: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, direito às garantias judiciais, direito à liberdade de pensamento e expressão, bem como o direito à proteção judicial (artigos 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25, relacionados aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Nesta perspectiva, a Corte considerou que a forma de interpretação e aplicação da Lei de Anistia no Brasil afetou a obrigação internacional do Estado investigar e punir as graves violações de direitos humanos. Assim, o Estado violou o direito o direito à proteção judicial do artigo 25 da Convenção devido à falta de investigação, persecução, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo o art. 1.1 da mesma Convenção, de modo que a Lei de Anistia careceria de efeitos jurídicos e não pode impedir a persecução penal dos envolvidos.

A Corte, por fim, condenou o Estado a: a-) conduzir uma investigação sobre os fatos e punir os responsáveis; b-) realizar esforços com o objetivo de determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas; c-) oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico para as vítimas que assim solicitarem; d-) dar publicidade para a sentença; e-) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional sobre o caso; f-) implementar programas e cursos permanentes e obrigatórios sobre direitos humanos a todos nas Forças Armadas; g-) tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos; h-) pagar indenização por danos morais e materiais às vítimas.

Embora o Estado brasileiro tenha se esforçado para cumprir as determinações através da atuação de diversos órgãos, com a instituição da Comissão da Verdade e atuação do Ministério Público Federal, não foi cumprida a determinação de investigar, processar e punir penalmente os responsáveis, notadamente pela decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 153) com base na Lei de Anistia.

6-) Caso da Fazenda Brasil Verde

O Caso N° 12.066, conhecido como Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde trata da situação de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, situada no norte do Estado do Pará. Num contexto no qual muitos trabalhadores são submetidos anualmente ao trabalho escravo, com raízes em discriminação e exclusão histórica, o grupo afetado era constituído na maioria por homens de 15 a 40 anos de idade, afrodescendentes e morenos originários dos estados mais pobres do país e com menos perspectiva de trabalho, que migraram em busca de trabalho e foram submetidos ao trabalho escravo. A situação

¹³ Caso Barrios Altos VS. Peru”. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C, N 75, p. 16 disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos>

¹⁴ Resolução da Corte de 20 de fevereiro de 2012 sobre o caso “Garibaldi VS. Brasil”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_121.pdf

de extrema e especial vulnerabilidade desse grupo é devida, entre outros, à falta de recursos adequados e eficazes que protejam seus direitos, à pobreza extrema e à insuficiente presença de instituições estatais. Fiscalizações na referida fazenda, no período de abril de 1997 a março de 2000, concluíram que existia trabalho escravo e “irregularidades” trabalhistas. Os trabalhadores que conseguiram fugir declararam a existência de ameaças de morte em caso de abandonar a fazenda, a proibição de sair livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de habitação, alimentação e saúde dignas, entre outros. A Comissão considerou que a informação disponível permite qualificar as práticas na fazenda como trabalho forçado e servidão por dívidas como forma contemporânea de escravidão. Além disso, a Comissão declarou que esta situação é atribuível internacionalmente ao Estado do Brasil, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral e especificamente na Fazenda Brasil Verde desde pelo menos 1989. A Comissão considerou que, apesar deste conhecimento, o Estado não adotou medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem forneceu às vítimas um mecanismo judicial eficaz para a proteção de seus direitos, punição dos responsáveis e obtenção de uma reparação. A Comissão solicitou à Corte que ordene as seguintes medidas em relação ao Estado brasileiro: 1-) Reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral, assegurando que sejam restituídos às vítimas os salários devidos pelo trabalho realizado, bem como os montantes ilegalmente subtraídos deles, retirando, se necessário, dos ganhos ilegais dos proprietários das fazendas. 2-) Investigar os fatos relacionados com o trabalho escravo de maneira imparcial, eficaz e dentro de um prazo razoável com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa, identificando os responsáveis e impondo as punições pertinentes; 3-) Investigar os fatos relacionados com o desaparecimento de Iron Canuto da Silva e Luis Ferreira da Cruz de maneira imparcial, eficaz e dentro de um prazo razoável com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa, identificando os responsáveis e impondo as punições pertinentes. 4-) Providenciar as medidas administrativas, disciplinares ou penais pertinentes relativas às ações ou omissões dos funcionários estatais que contribuíram para a negação de justiça e impunidade em relação ao caso; 5-) Estabelecer um mecanismo que facilite a localização das vítimas de trabalho escravo e de Iron Canuto da Silva, Luis Ferreira da Cruz, Adailton Martins dos Reis, José Soriano da Costa, bem como dos familiares dos dois primeiros, José Teodoro da Silva e Miguel Ferreira da Cruz, a fim de repará-los. 6-) Continuar a implementar políticas públicas, bem como medidas legislativas e de outra natureza de erradicação do trabalho escravo, monitorando a punição de pessoas responsáveis pelo trabalho escravo em todos os níveis. 7-) Fortalecer o sistema jurídico e criar mecanismos de coordenação entre a jurisdição penal e a jurisdição trabalhista para superar os vazios existentes na investigação, processamento e punição das pessoas responsáveis pelos delitos de servidão e trabalho forçado. 8-) Zelar pelo estrito cumprimento das leis trabalhistas relativas às jornadas trabalhistas e ao pagamento em igualdade com os demais trabalhadores assalariados. 9-) Adotar as medidas necessárias para erradicar todo tipo de discriminação racial, especialmente realizar campanhas de promoção para conscientizar a população nacional e funcionários do Estado – incluídos os operadores de justiça – a respeito da discriminação e da sujeição à servidão e ao trabalho forçado. Menciona-se, por fim, tratar-se de oportunidade para que a Corte Interamericana desenvolva jurisprudência sobre o trabalho forçado e as formas contemporâneas de escravidão, ressaltando o dever do Estado na prevenção de atos desta natureza por parte de particulares, bem como o alcance do dever de investigar e punir estas violações.

7-) Caso Favela Nova Brasília

Os CASOS 11.566 e 11.694, conhecidos como COSME ROSA GENOVEVA, EVANDRO DE OLIVEIRA E OUTROS (FAVELA NOVA BRASÍLIA) tratam de situação ocorrida no Rio de Janeiro, na qual se alega que agentes do Estado – oficiais da Polícia Civil do Rio de Janeiro – perpetraram execuções extrajudiciais e abuso sexual durante incursões policiais realizadas na Favela Nova Brasília em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995. A Comissão entendeu que o Brasil foi responsável por violações dos direitos reconhecidos pelos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1, 11, 19 e 25.1 da Convenção Americana, em concordância com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, bem como pelos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e pelo artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Recomendou que o Brasil: a-) Realize uma investigação completa, imparcial e efetiva das violações descritas no relatório, dentro de um período razoável de tempo, por autoridades judiciais que sejam independentes da polícia, a fim de determinar a verdade e punir os responsáveis. Essa investigação deve levar em consideração os vínculos existentes entre as violações de direitos humanos descritas e o padrão de uso excessivo da força letal pela polícia. Ainda, deve incluir as possíveis omissões, demoras, negligências e obstruções de justiça provocadas por agentes do Estado; b-) Adote todas as medidas necessárias para garantir uma compensação adequada e plena pelos prejuízos tanto materiais como morais causados pelas violações descritas em favor das vítimas; c-) Elimine a prática de automaticamente registrar as mortes causadas pela polícia mediante “autos de resistência”; d-) Erradique a impunidade pela violência policial em geral, adaptando suas leis internas, regulamentos administrativos, procedimentos e planos de operação das instituições com competência sobre políticas de segurança cidadã, para garantir que elas sejam capazes de prevenir, investigar e castigar quaisquer violações de direitos humanos provocadas por atos de violência perpetrados por agentes do Estado; e-) Crie sistemas de controle independente interno e externo para rendição de contas a fim de tornar efetivo o dever de investigar qualquer caso em que as forças de segurança façam uso da força letal e/ou violência sexual, com uma perspectiva de gênero e étnico-racial, e fortalecer a capacidade institucional de órgãos independentes de supervisão, inclusive os de medicina legal, para combater o padrão de impunidade em casos de execuções extrajudiciais pela polícia; f-) Implemente planos para modernizar e profissionalizar as forças policiais, garantindo a rendição de contas por abusos do passado mediante

o afastamento de notórios perpetradores dos órgãos de segurança do Estado, assim como de outros cargos de autoridade, e adequar a sua filosofia institucional para cumprir com padrões e princípios internacionais de direitos humanos relacionados com segurança cidadã; g-) Treine adequadamente o pessoal policial em como lidar efetivamente e eficazmente com pessoas dos setores mais vulneráveis da sociedade, incluindo crianças, mulheres, e moradores de favela, a fim de superar o estigma de que todos os pobres são criminosos; h-) Regule, mediante lei formal e material, os procedimentos policiais que envolvem o uso legítimo da força letal, estabelecendo expressamente que o mesmo seja considerado um último recurso que somente deve ser aplicado conforme os princípios de excepcionalidade, necessidade, e proporcionalidade. Nesse sentido, o Estado deve levar em consideração, os Princípios Básicos da ONU sobre o Uso da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei, o Código de Conduta da ONU para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei, e os Princípios da ONU sobre a Efetiva Prevenção e Investigação de Execuções Sumárias, Arbitrárias e Extrajudiciais.

A ESPECIAL SITUAÇÃO DA CRIANÇA

Resta evidente, pelos julgados mencionados acima, que existe um dever de investigação e punição de autores de crimes graves, ou seja, em situações de violação do direito à vida e integridade sexual. A questão da criança ganha contornos ainda mais evidentes.

A criança recebeu, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, uma proteção especial. Além de haver previsão constitucional no sentido de que o Poder Público criará mecanismos para coibir a violência doméstica e a exploração sexual de crianças, o ECA criou um sistema de proteção e apuração do delito que envolve a escola, os estabelecimentos de saúde, o conselho tutelar, a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Nesse sentido, toda situação de maus tratos ou abuso sexual de crianças deve ser comunicada pela escola ou pelo estabelecimento de saúde às autoridades públicas, na forma do art. 13 e 53 do ECA. A ausência de tal comunicação pode ensejar a aplicação da multa administrativa prevista no art. 245 do ECA. Nota-se, assim, o envolvimento da sociedade no enfrentamento à violência contra crianças, pois a omissão da comunicação, ainda que se trate de estabelecimentos particulares, pode ensejar a infração administrativa prevista no art. 245 do ECA.

Por sua vez, o Conselho Tutelar e a Polícia devem atuar no sentido de preservar a saúde física e mental de crianças vítimas de violência, seja por meio da aplicação de medidas protetivas pelo Conselho Tutelar, seja por meio de uma boa investigação pela polícia, capaz de estabelecer as provas necessárias para o afastamento e a punição do agressor.

Na proteção de crianças, deve o Estado agir no sentido de não revitimizá-la. Assim, a criança precisa de ser bem tratada nos ambientes onde é atendida e qualquer escuta deve ser realizada de maneira humanizada e cuidadosa, como preconiza a Lei 13.431/2017, que trata do depoimento especial.

Na proteção dos direitos humanos, ressalta-se que o agressor é quem deve ser punido e afastado do lar, não a vítima.

CONCLUSÃO

Ao analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos resta evidente que o Estado deve garantir proteção à pessoa humana no âmbito de seu território, assegurando-lhe os direitos à vida, integridade física e sexual, bem como, investigando e punindo criminalmente os responsáveis pela violação a esses direitos, notadamente quando atingem crianças, seres especialmente vulneráveis. Outrossim, deve fortalecer políticas públicas de prevenção às violações.

Conclui-se, assim, ser relevante a capacitação da rede de atendimento na área dos direitos humanos, seja na área de saúde, educação, mas voltar a atenção para a área de segurança pública uma vez que os agentes públicos podem ser responsabilizados criminalmente por ações e omissões. Todas as pessoas devem estar protegidas num Estado Democrático de Direito, sendo dever estatal investigar e punir os responsáveis pela violação a esses direitos.

BIBLIOGRAFIA

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil in Revista da EMERJ, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan-fev-mar. 2013.

PÖTTER, Luciane. Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar por uma política pública de redução de danos. Salvador: JusPodivm, 2016

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação): Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 3 ed. 2016

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

. Estudos de Direito Penal. 2ª ed/Claus Roxin; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

El fundamento político criminal de la teoría general del derecho penal. II Curso de Verão na Universidade de Göttingen, Alemanha, 2016, texto encaminhado aos alunos.

SILVA, Jorge Pereira da. Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A proteção da vítima de crimes sexuais, em especial crianças, na perspectiva dos direitos humanos. In Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Sites

www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos

*AS PREFEITURAS PRIVADAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO FECHAMENTO DE RUAS E DE PRAÇAS*¹

**Autoria coletiva:
Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos – MPMG**

DEFESA: ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA*

Síntese: Fechamento de logradouros públicos – bem de uso comum do povo – lei municipal autorizando a colocação de obstáculos à circulação de pessoas e a exigência de identificação – privatização dos espaços públicos.

A colocação de obstáculos à circulação de pessoas e a restrição de acesso às ruas e praças de uso comum do povo afrontam o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

A exigência de identificação para o acesso a ruas e praça viola o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

O Município de Belo Horizonte promulgou, em 20.01.2004, a Lei n.º 8.768, que dispõe sobre a “permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município, em via com cul-de-sac ou com característica semelhante que faça recomendar seu fechamento”.

A norma citada autoriza o Executivo a outorgar permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município e de uso comum, destinada a sistema viário ou praça (art. 1º).

O parágrafo único do referido dispositivo estabelece que tal permissão será concedida exclusivamente para a via “cul-de-sac ou com característica semelhante” que faça recomendar seu fechamento, assim definida no Dicionário Houaiss: “rua sem saída, com uma área maior e geralmente arredondada, para a manobra de veículo”.

A lei em comento tem por finalidade “estimular a participação da comunidade na gestão de negócio público de seu interesse, tal como segurança e limpeza pública, e propicia à municipalidade economia no gasto com sua conservação” (art. 2º).

A permissão é concedida à sociedade civil constituída por proprietários ou moradores, a qual, além de assumir os serviços públicos de manutenção e conservação dos bens, realiza contrapartida de caráter urbano, ambiental ou social – pagamento por meio da realização de obras, definidas pelo Poder Público.

A aludida lei prevê que a área objeto da permissão “ficará desafetada do uso comum” (art. 5º); porém, permite o “acesso a qualquer pessoa, desde que identificada” (art. 6º). A construção de portaria para monitoramento da entrada de pessoas no local é autorizada pelo último artigo citado.

O Município de Belo Horizonte tem concedido “permissão de direito real de uso” de áreas ocupadas por ruas, por praças e por bairros (cf. Decretos n.ºs 11.746 e 11.744, de 24.06.2004, e 12.055, de 25.05.2005), o que tem provocado discussões acaloradas na sociedade.

As associações e os moradores beneficiados têm sustentado que a Lei Municipal n.º 8.768/2004 autorizou a instituição de loteamentos ou condomínios fechados, através da concessão de direito real de uso de bens públicos (art. 3º do Decreto-Lei n.º 271/67 c/c a Lei n.º 4.591/64). Esses loteamentos têm como característica principal, segundo vários precedentes jurisprudenciais, o acesso exclusivo dos moradores e das pessoas por eles autorizadas.

O Município de Belo Horizonte tem afirmado que não há uso privativo dos bens públicos, mas, sim, uso controlado com a finalidade de proporcionar maior segurança aos moradores e aos transeuntes. Assim, de acordo com o citado ente público, a permissão de direito real de uso, na forma como vem sendo concedida, não viola o direito de ir e vir dos demais municípios, que poderão fazer uso do bem de uso comum, devendo para tanto apenas se identificar.

Esse “uso controlado” de bens de uso comum do povo – erroneamente denominado “permissão de direito real de uso” – em nada se assemelha ao instituto da concessão de direito real de uso, previsto na lei federal (art. 7º do Decreto-Lei n.º 271, de 28.02.1967), na qual se instaura um direito real, que possui como característica sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de sequência. A exclusividade sobre o bem confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por todos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço.

O § 2º do referido art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67 dispõe que, desde a inscrição da concessão, o particular fruirá plenamente do terreno e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. Mais à frente, o § 4º do citado dispositivo prevê que, salvo disposição contratual em contrário, a concessão transfere-se por ato *inter vivos* ou por disposição legítima ou testamentária.

Na hipótese, embora o art. 1º da Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, tenha autorizado a permissão de direito real de uso de área municipal *cul-de-sac*, de uso comum, destinada a sistema viário ou praça, o que pressupõe a exclusividade do uso do bem pelo permissionário, a parte final do art. 6º da citada norma permite o acesso de qualquer pessoa ao local, desde que identificada.

Não estamos, portanto, diante do aludido instituto previsto na norma federal. Não houve concessão ou permissão de direito real.

O novo instituto previsto na lei municipal em tela também não se assemelha à permissão de uso – que tem natureza pessoal –, segundo a qual por ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, concede-se ao particular o uso privativo de bem público.

Na hipótese, como já dito, não há que se falar em uso exclusivo do bem pelo particular, o que afasta o argumento das associações e dos moradores de que a lei municipal teria autorizado a instituição de condomínio ou loteamento fechado.

Ora, de acordo com precedentes jurisprudenciais – TJMG: AC n.º 436.855-6, j. 16.06.04; AC n.º 369.812-0; AC n.º 195.051-6; AC n.º 280.421-7, j. 22.02.2000; AI n.º 429.359-8, j. 04.03.2004; AI n.º 429.359-8 –, a característica principal do condomínio fechado está no fato de que só têm acesso a ele os proprietários ou quem por estes for admitido.

Há, ainda, os seguintes requisitos para a instituição desses loteamentos: a) lei municipal autorizando expressamente a instituição do condomínio fechado e regulando as relações com o Poder Público; b) aprovação do loteamento fechado pelos órgãos competentes com os documentos elencados no art. 18 da Lei n.º 6.766/79 e registro no Cartório Imobiliário; c) existência de regulamento do uso das vias e dos espaços livres, à semelhança da convenção de condomínio prevista no art. 9º da Lei n.º 4.591/64.

Não há que se falar, portanto, em loteamento ou condomínio fechado.

Não existe dúvida, portanto, de que a Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, apresenta incoerências que desafiam o intérprete. Além de adotar terminologia inadequada, a referida norma confundiu institutos de Direito Administrativo. Criou nova forma de uso de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado”.

Ora, o uso dos bens públicos pertence a todos os cidadãos indistintamente, sem que se necessite de permissão especial. O desfrute do bem por parte de um não pode excluir ou limitar a possibilidade de gozo por parte dos demais.

Ruy Cirne Lima, citado por Eros Roberto Grau², adverte:

É característico do uso comum que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situação entre todos.

E, como integrantes do domínio municipal, poderão os bens de uso comum ser objeto de permissão de uso aos proprietários de determinados lotes? A limitação imposta ao direito à circulação – exigência de prévia identificação – seria legítima?

A resposta é negativa para as duas indagações.

A respeito do tema da utilização das vias públicas, Eros Roberto Grau³, citando José Afonso da Silva, adverte:

Uma das funções urbanísticas do Poder Público é a de criar condições à circulação, sendo o sistema viário “o meio pelo qual se realiza o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar (estacionar, parar), assegurado da Constituição Federal”.

Este direito de circular “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”, do que resulta constituir, a utilização da via pública, não “uma mera possibilidade, mas um poder legal executável erga omnes”. Em consequência – prossegue José Afonso da Silva, citando Pedro Escribano Collado – “a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia”.

Como a desafetação das ruas não se verifica, uma vez que todos poderão ter acesso à área, a limitação imposta ao direito à circulação viola o direito constitucional de liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF).

É bem verdade que a Administração pode impor limitações ao uso dos bens públicos, exigindo, por exemplo, remuneração, como ocorre no pedágio e na cobrança por estacionamento de veículos (art. 103 do novo Código Civil), mas nesses casos a restrição tem finalidade pública, qual seja, a conservação das vias e o aumento da oferta de vagas.

Na hipótese, ao contrário, a limitação do uso das ruas atende ao interesse privado, beneficiando tão somente os moradores locais, os quais, com a instalação da portaria, instituíram verdadeiro condomínio fechado em área que nunca teve essa destinação.

As associações – responsáveis pela manutenção e conservação dos bens concedidos – transformam-se em verdadeiras prefeituras privadas, o que é inadmissível.

O argumento de que a população teria sido beneficiada com essa política de segurança pública, *data venia*, não convence.

Não se exige prévia identificação para o acesso às demais áreas de lazer da Cidade.

A Lei Orgânica Municipal, além de identificar os jardins, as praças, os quarteirões fechados como espaços privilegiados para o lazer (art. 174), proíbe expressamente a descaracterização dessas áreas (art. 40).

2 GRAU, Eros Roberto. *Bens de uso comum*. RDP n.º 76/50

3 Parecer e revista citados, p. 51

Não há dúvida de que são os moradores do local os únicos beneficiários do ato. O interesse privado prevaleceu sobre o público.

A simples construção da portaria e a instalação das cancelas já são suficientes para afastar a população do local, porquanto, ainda que não fosse essa a intenção do ente público, para os usuários dessas ruas, a imagem que fica é a de que, a partir dessas obras, as áreas teriam se transformado em condomínios fechados.

A inconstitucionalidade salta aos olhos.

A Lei Municipal n.º 8.768/2004, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, I, da CF), criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, e tal inovação afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I, da CF). Cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF), bem como “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da CF).

Na hipótese, a lei citada dispõe sobre a desafetação de bens de uso comum do povo (ruas e praças) e cria nova forma de uso desses bens por particulares, o que também contraria os seguintes dispositivos da lei federal, que dispõem sobre os loteamentos:

A inscrição torna inalienáveis por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e planta. (art. 3º do Dec-Lei n.º 58/1937)

Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do município as vias e praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros. (art. 4º do Dec-Lei 271/67)

Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo. (art. 22 da Lei n.º 6.766/79)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade de leis municipais semelhantes. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55.920.0/6, Rel. Des. Fonseca Tavares, Órgão Especial, j. 10.05.2000, além da fundamentação a respeito da violação da Constituição Estadual (art. 180, VII), o acórdão fez as seguintes considerações sobre a inconstitucionalidade à luz da Carta Federal:

[...]

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União e dos Estados, restando aos Municípios competência meramente suplementar para dispor sobre loteamentos.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 38.384-0-SP, Órgão Especial, Rel. Dante Busana, j. 29.04.98, v.u., e na de a 18.103-0-SP, j. 22.06.94, relatada pelo Des. Rebouças de Carvalho, cuja ementa a seguir se transcreve:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal - Ocorrência - Desafetamento de área de lazer de loteamento - Proibição em áreas públicas - Executivo que não dispõe de discricionariedade para decidir sobre desafetamento - Artigo 180, VII da Constituição Estadual - Município com competência legislativa apenas suplementar - Inconstitucionalidade declarada.

[...]

Autonomia não é sinônimo de independência.

Os Executivos municipais estão submetidos ao conjunto de regras emanado de instâncias superiores, especialmente aquelas que destinam setores daqueles empreendimentos ao sistema de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba (verbis).

Respeitando ditos parâmetros, o Administrador das comunas atenderá o espírito público, com vistas ao desenvolvimento das cidades e garantia do bem estar de seus habitantes, inspirado pela uniforme ocupação do espaço.

Em sentido contrário, ao querer transferir a prestação de serviços necessários em bairros mais distantes a associações de moradores, e permitir seja realizado, por estas, um controle do acesso às áreas de uso comum, em usurpação à atribuição exclusiva dos estados federados (Segurança Pública), lança ele à perplexidade o administrado, que por vias transversas se vê limitado no direito de ir e vir.

Ainda que tal se revele uma solução prática, tem ela nítido caráter de favorecimento do interesse de poucos em detrimento da coletividade.

Tal como postas, as normas combatidas subverteram a hierarquia constitucional dos temas tratados, vislumbrando-se o vício na invasão pela edilidade de atribuição pertinente a círculo legislativo imediatamente superior. (grifo nosso)

Evidente a violação do princípio constitucional da supremacia do interesse público, também conhecido como princípio da finalidade pública, definido por Alexandre de Moraes da forma seguinte:⁴

Consiste no direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum.

A Constituição Federal prevê no inciso IV, do art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Esse vetor objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.

[...]

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explicitado no já citado inciso IV, do art. 3º, e reforçado no caput do art. 37, com a redação dada pela EC n.º 19/98, uma vez que a idéia de predominância do interesse público está interligada à eficiência da administração pública.

Nesse sentido, apreciando hipótese semelhante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.706-4-DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.04.2008, declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 1.713/97, que transferia a administração de quadras residenciais para as prefeituras comunitárias ou associações de moradores.

O art. 4º da aludida lei distrital⁵, à semelhança da lei municipal em comento, além de facultar às citadas entidades civis a prestação de alguns serviços públicos – limpeza, jardinagem, coleta seletiva do lixo e segurança dos moradores –, autorizava a instalação de obstáculos nos limites externos das áreas, para dificultarem a entrada e a saída de veículos e desde que não trouxessem prejuízo nem colocassem em risco o livre acesso das pessoas.

O dispositivo referido também foi declarado inconstitucional em substancioso voto do Ministro Eros Grau, assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. (grifo nosso)

2 CONCLUSÃO

1. A Lei n.º 8.768/2004, do Município de Belo Horizonte, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, inovação que afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).
2. A exigência de identificação para o acesso a ruas e praça viola o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum.

4 Ob. cit. p. 797.

5 Art. 4º: Poderão ser fixados, nos limites externos das áreas das quadras ou conjuntos, obstáculos que dificultem a entrada e a saída de veículos e que não prejudiquem nem coloquem em risco o livre acesso de pessoas.

*LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS PARA A DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS*¹

Autoria coletiva: Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos – MPMG

DEFESA: NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA*

Síntese: No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 573.232-SC, Rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, DJ 19.09.2014, o STF apreciou o Tema n.º 82, com repercussão geral reconhecida, para reafirmar sua jurisprudência anterior no sentido de se exigir autorização expressa dos beneficiários para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos direitos dos associados.

Há decisões dos tribunais que, sem fazer distinção quanto à natureza do direito defendido, tem aplicado o citado posicionamento do STF nas ações civis públicas propostas pelas associações e exigido autorização expressa dos associados, o que tem dificultado a defesa dos direitos difusos e coletivos.

A tese demonstra que não se pode exigir das associações civis autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil pública que tenha por objeto a tutela de direitos difusos e coletivos.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 573.232-SC, Rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19.09.2014, o STF apreciou o Tema n.º 82, com repercussão geral reconhecida, que trata da seguinte matéria:

Possibilidade de execução de título judicial, decorrente de ação ordinária coletiva ajuizada por entidade associativa, por aqueles que não conferiram autorização individual à associação, não obstante haja previsão genérica de representação dos associados em cláusula do estatuto.

A citada Corte reafirmou jurisprudência anterior no sentido de se exigir autorização expressa dos beneficiários para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos direitos dos associados. O acórdão tem a seguinte ementa:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE.

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS.

As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

Há decisões dos tribunais – por exemplo, TJMG/AC n.º 1.0433.09.286.941, 2ª CC, *DJ* 09.12.2015 – que, sem fazer distinção quanto à natureza do direito defendido, tem aplicado o citado posicionamento do STF nas ações civis públicas propostas pelas associações e exigido autorização expressa dos associados, o que tem dificultado a defesa dos direitos difusos e coletivos.

O equívoco é manifesto.

No citado precedente do STF, a Associação do Ministério Público Catarinense ajuizou ação ordinária em prol de seus associados pleiteando pagamentos referentes à gratificação devida aos Promotores Eleitorais que atuaram no período de 1994 a 1999. Julgado procedente o pedido, discutiu-se a legitimidade ativa de associado – que não assinou a autorização individual para a propositura da ação – para executar a sentença.

O STF reafirmou seus posicionamentos anteriores (AO n.º 152/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 03.03.2000; Rcl n.º 5.215 Ag.R, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 22.05.2009) no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade.

Na aludida AO n.º 152/RS, a Associação dos Magistrados pleiteava o pagamento de diferenças de remuneração devidas aos magistrados do Rio Grande do Sul.

Na referida Rcl n.º 5.215, a Associação dos Docentes das Faculdades de Tecnologia do CEETERPS defendia direito dos associados celetistas que tiveram seu contrato de trabalho rescindido.

Os três precedentes do Supremo Tribunal Federal versam sobre a defesa de direito individual homogêneo, situação diversa da retratada nas ações nas quais a associação defende direitos difusos ou coletivos, cujo caráter incindível do bem da vida pleiteado não comporta cumprimento individualizado da condenação imposta, mesmo porque, como bem assinalou o voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no citado RE n.º 573.232-SC, “a legislação processual já lhe deu solução consentânea (art. 16, da Lei n. 4.717/65; art. 15, da Lei n. 7.347/85; art. 100, da Lei n. 8.078/90)”.

Nesse caso, não há que se exigir, para a propositura da demanda, a autorização individual ou em assembleia dos associados, como prevê o art. 5º, XXI, da CF.

Nesse sentido, cite-se – no que interessa – o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

3. Não se exige das associações civis que atuam em defesa aos interesses do consumidor, como sói ser a ora recorrida, autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil que tenha por objeto a tutela a direitos difusos dos consumidores, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, e especialmente, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato, impossível

seria a individualização de cada potencial interessado. (REsp. n.º 1.181.066-RS, 3ª T.; Rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJ* 31.03.2011)

Nomesmosentido, emhipóteseversandosobrediretadoconsumidorlesadoporpropagandaenganosa, na decisão proferida no REsp. n.º 1.210.486, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, *DJ* 21.08.2014, entendeu-se como desnecessária a juntada da relação nominal dos associados e de seus respectivos endereços ou da ata da assembleia, aos seguintes fundamentos:

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, aborda a questão com propriedade, razão por que adoto seu parecer como razões de decidir, transcrevendo-o na parte pertinente:

“Trata-se de ação coletiva extinta em face da falta de legitimidade, ocasionada pela não juntada de lista com os nomes dos associados residentes na capital. Entendeu o douto Juízo monocrático, que o rol era necessário para que se delimitassem os atingidos pela decisão.

Primeiramente, analisando a questão ventilada no presente caso, de natureza indivisível, nota-se que o interesse tutelado toma os contornos de difuso, uma vez que os titulares de tais direitos são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Nesse aspecto, é válido transcrever a lição de Hugo Nigri Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª edição):

‘... Atendendo a essa realidade, e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais, o CDC passou a distingui-los segundo sua origem: a) se o que une os interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une os interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos.’ (grifo nosso)

Deste modo, considerando que este processo tem por objeto o combate de propaganda enganosa, veiculada pelas rés, verifica-se claramente a existência de interesse difuso no feito, não se podendo falar em eficácia da decisão somente aos substituídos pela associação, uma vez que estão presentes direitos de pessoas indetermináveis. Assim sendo, vislumbra-se, já de primeiro plano, a inexigibilidade da determinação judicial.

Chega-se à mesma conclusão, ao se examinar a lei usada como fundamento da decisão recorrida. Prevê a Lei 9.494/97 alterada pela Medida Provisória 1.984-17:

‘Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

‘Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.’ (grifo nosso)

Assim sendo, como no presente caso não se trata da ação coletiva contra um dos entes elencados no parágrafo único da referida lei, mostra-se inexigível uma autorização assemblear e, em sequência, desnecessária a relação dos sócios, desde que os interesses defendidos na ação não se limitam aos dos associados, mas, como se viu, a interessados indetermináveis. Entende-se, neste aspecto, imprópria uma interpretação extensiva da lei, que venha a dificultar a defesa dos interesses de consumidores em juízo, prevista na Magna Carta (arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V).

Nesse aspecto, transcreve-se novamente trecho da obra de Hugo Nigri Mazzilli (pág. 190):

‘... Verdade é que o art. 22-A da lei n. 9.494/97, com a redação que lhe deu o art. 5º da Med. Prov. N. 1798/99, exige que, nas ações coletivas movidas contra entidades da administração direta ou indireta, as petições iniciais sejam instruídas com cópia da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços. Tal exigência só teria sentido, porém, em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou até coletivos, mas será descabida em matéria de interesses difusos, diante da indeterminabilidade do grupo atingido.

Entretanto, segundo o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, inciso IV), a legitimação das associações para a defesa dos interesses decorrentes de relação de consumo são: legal constituição há pelo menos um ano e ter como um de seus fins, a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CODECOM. No presente caso, a UNICONS demonstrou satisfazer plenamente os requisitos para ingressar com a ação, bastando para isso analisar a cópia do estatuto social (fls. 15/verso).’ (grifo nosso)

2 CONCLUSÃO

Não se exige das associações civis autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil pública que tenha por objeto a tutela de direitos difusos e coletivos, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, impossível seria a individualização de cada potencial interessado.

*A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
DEPOIS DO JULGAMENTO PELO
STF DO RE N° 669.069-MG¹*

Autoria coletiva: Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos – MPMG

DEFESA: JACSON RAFAEL CAMPOMIZZI *

Síntese: Excetuada a ação de reparação de danos decorrente de ilícito civil comum, a ação de ressarcimento por prejuízo causado ao erário é imprescritível, a teor do art. 37, § 5º, da CF. Esse entendimento ainda prevalece no STF depois do julgamento firmado em repercussão geral no RE n.º 669.069-MG. A decisão em comento somente impõe a prescrição na ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil comum – por exemplo, indenização por acidente de veículo –, uma vez que a referida Corte pontuou que a situação em exame não trata de imprescritibilidade no tocante a improbidade e tampouco envolve matéria criminal.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Procurador de Justiça - MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A presente tese analisa o julgado firmado em repercussão geral pelo Plenário do STF no RE n.º 669.069-MG, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 28.04.2016, versando sobre a interpretação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (grifo nosso)

O acórdão tem a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.
2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Depois do citado julgamento, há decisões judiciais sustentando que a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa. Fora dessas hipóteses, as ações de ressarcimento são prescritíveis.

A análise do referido acórdão não autoriza essa conclusão.

O Pleno do STF, no julgamento do MS n.º 26.210-9-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.09.2008, ao interpretar, pela primeira vez, o aludido § 5º do art. 37 da CF, firme na lição do Prof. José Afonso da Silva, deixou expresso o posicionamento no sentido da **imprescritibilidade** da ação de ressarcimento nos termos seguintes:

Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, ao prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 673)

O referido Mandado de Segurança foi impetrado por servidora pública contra decisão do Tribunal de Contas da União que determinara a devolução de valores em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao País após o término da concessão de bolsa de estudos no exterior.

A partir desse julgamento, a jurisprudência do STF pacificou-se no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário (RE n.º 578.428-RS-AgR, 2ª T., Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 14.11.2011; RE n.º 646.741-RS-AgR, 2ª T., Rel. o Min. Gilmar Mendes, *DJ* 22.10.2012; AI n.º 712.435-SP-AgR, 1ª T., Rel. a Min. Rosa Weber, *DJ* 12.4.2012; AI n.º 819.135-AgR-SP, 1ª T., Rel. **Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013**).

Em 02.08.2013, o Plenário do STF, em ação de ressarcimento proposta pela União contra empresa, reconheceu repercussão geral, em acórdão que tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO.PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (RE n.º 669.069 RG, Rel.Min. Teori Zavascki, j.02.08.2013, *DJ* 26.08.2013)

Consta do voto do Relator:

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

No entanto, no citado julgamento do RE n.º 669.069-MG, apesar de a maioria dos ministros, no mérito, ter acompanhado o Relator, Ministro Teori Zavascki, divergiram da tese por ele proposta – de que a imprescritibilidade alcança apenas as

ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa –, optando pela proposta mais restrita formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos termos seguintes:

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

A decisão em comento somente impõe a prescrição na ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil comum – por exemplo, indenização por acidente de veículo –, uma vez que a Corte pontuou que a situação em exame não trata de imprescritibilidade no tocante a improbidade e tampouco envolve matéria criminal.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, não há no tema de fundo discussão quanto à improbidade administrativa ou ilícito penal, que impliquem prejuízos ao erário ou, ainda, as demais hipóteses de atingimento do patrimônio estatal na suas mais variadas formas. “Portanto, não há como se debater sobre todo o comando jurídico do art. 37, § 5º”.

Não houve, portanto, alteração substancial do entendimento do STF sobre a matéria.

2 CONCLUSÃO

Excetuada a ação de reparação de danos decorrente de ilícito civil comum, a ação de ressarcimento por prejuízo causado ao erário é imprescritível, a teor do art. 37, § 5º, da CF.

*O PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA EM FACE DE SERVIDOR NO EXERCÍCIO DE CARGO EFETIVO OU EMPREGO*¹

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos – MPMG

DEFESA: MARCOS TOFANI BAER BAHIA*

Síntese: A prescrição da ação por ato de improbidade administrativa é tratada no art. 23 da Lei n.º 8.429/92. Se o réu é agente público que exerce cargo efetivo ou emprego, a prescrição ocorrerá no prazo previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (cf. inciso II do artigo citado).

Inexistindo a fixação desse prazo, nada impede a utilização, na seara cível, do sistema prescricional penal; assim, se a infração administrativa é capitulada como crime, o prazo prescricional é o previsto na legislação penal.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

*Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A prescrição da ação por ato de improbidade administrativa é tratada no art. 23 da Lei n.º 8.429/92 da forma seguinte:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego;

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Se o réu é agente público que exerce cargo efetivo ou emprego, a prescrição ocorrerá no prazo previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (cf. inciso II do artigo citado).

No entanto, no caso do servidor público do Estado de Minas Gerais, não há, na Lei n.º 869/52, prazo prescricional para a penalidade de demissão a bem do serviço público. O art. 258 da referida lei prevê tão somente os prazos de dois anos para as penalidades de repreensão, multa e suspensão e de quatro anos para a demissão por abandono do cargo.

Diante da omissão legislativa, nesse caso, qual será o prazo para a ação de improbidade? Seria ela imprescritível ou poderíamos adotar o prazo de cinco anos, previsto para o servidor público federal (art. 142, I, da Lei n.º 8.112/90)?

Esse é o objeto da tese que tem relevância na atuação ministerial, especialmente se considerarmos que a omissão em tela se repete nas legislações municipais.

A falta de norma não autoriza o reconhecimento da imprescritibilidade, porque o instituto da prescrição é oponível mesmo em face da Administração Pública, em razão do princípio da segurança jurídica.

Não há que se aplicar também a Lei n.º 8.112/90, porquanto restrita aos servidores federais.

Embora independentes as instâncias cível e penal, em se tratando de direito sancionador, nada impede a utilização, na seara cível, do sistema prescricional penal; assim, se a infração administrativa é capitulada como crime, o prazo prescricional é o previsto na legislação penal.

Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INCIDÊNCIA ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. INDEPENDÊNCIA PROCESSUAL ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. RESGUARDO DO VETOR SEGURANÇA JURÍDICA.**

[...]

4. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei n.8.429/92.

5. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão.

6. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal - CP, a prescrição vem regulada no art. 109.

[...] os atos cometidos ocorreram em 8.1.1996, e a presente ação civil pública foi ajuizada em 2001 - respeitados, portanto, o prazo de 12 anos (prescrição relativa ao crime de corrupção passiva, o que tem maior pena abstratamente cominada dentre os acima elencados), na redação do Código Penal à época dos fatos.

[...]

16. Recurso especial de Ailton Dutra parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp n.º 1.106.657/SC, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJ* 20.09.2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITORA FISCAL DA RECEITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO CPB. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO PAD. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO TERMO INICIAL DO LAPSO TEMPORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO NA ESMERADA POSIÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. PROCESSO EXTINTO, SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO.

1. **Evidenciado nos autos que a conduta da impetrante foi objeto de apuração na esfera criminal, existindo, inclusive, sentença penal condenatória, a prescrição da sancionabilidade do ilícito administrativo se regula pelo prazo prescricional previsto na Lei Penal** (art. 142, § 2o. da Lei 8.112/90). Precedentes. [...] (MS n.º 14.320/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJ* 14.05.2010)

Idêntico posicionamento adota o TJMG: AI n.º 1.0079.07.387730-4/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, *DJ* 25.10.2013; AC n.º 1.0024.10.003435-4/001, 3ª CC, Rel. Des. Elias Camilo, *DJ* 25.4.2013; AC n.º 1.0024.05.862245-7/003, 4ª CC, Rel. Des. Audebert Delage, *DJ* 14.12.2006.

2 CONCLUSÃO

A ação de improbidade proposta em face de servidor no exercício de cargo efetivo ou emprego prescreve dentro do prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Na ausência dessa lei e constituindo a infração disciplinar também crime, o prazo prescricional a ser adotado é o previsto na lei penal.

ADITIVO

A ação de improbidade proposta em face de servidor no exercício de cargo efetivo ou emprego prescreve dentro do prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Na ausência dessa lei e constituindo a infração disciplinar também crime, o prazo prescricional a ser adotado é o previsto na lei penal para a pena máxima em abstrato cominada ao delito correspondente (CP, art. 109).

*A LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DE DEFESA DOS CONCURSOS PARA
CARTÓRIO (ANDECC) PARA A PROPOSIÇÃO
DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO ¹*

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos MPMG

DEFESA: ANTÔNIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES *

Síntese: A tese demonstra a legitimidade da Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartório (Andecc) para a propositura de ação civil pública, pleiteando a realização de concurso público para as serventias depois da alteração da redação da alínea “b” do inciso V do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei n.º Lei n.º 13.004, de 24.06.2014.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE
*Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A associação civil Andecc tem ajuizado várias ações civis públicas em face do Estado de Minas Gerais e dos titulares dos cartórios admitidos por ato de designação do Governador do Estado, pleiteando a anulação do ato e a realização de concurso público para as serventias.

Algumas ações têm sido extintas por ilegitimidade ativa sem se levar em conta as alterações legislativas da alínea “b” do inciso V do art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

O objeto da tese é saber se essa associação civil – que tem por objeto social tutelar o direito coletivo ao preenchimento das vagas em serventias notariais e de registro por meio de concurso público – tem ou não legitimidade para essa ação.

Registre-se que a Andecc foi constituída há mais de um ano, preenchendo, portanto, o requisito previsto na alínea “a” do inciso V do art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

Consta do art. 2º de Estado da citada entidade:

Art. 2º: São princípios da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DOS CONCURSOS PARA CARTÓRIOS:

a) Defesa dos concursos públicos de provas e títulos para outorga de delegações de notas e registros, promovidos por todos os Tribunais de Justiça [...] conforme prevê a Constituição Federal;

[...]

c) Defesa dos concursos públicos de provas e títulos para ingresso, tanto por provimento quanto por remoção bem como da efetiva delegação de todas as serventias vagas dentro do prazo constitucional;

[...]

f) Defesa da moralidade, transparência e ampla acessibilidade nos citados concursos públicos;

g) Busca de transparência absoluta na identificação de serventias irregularmente preenchidas, e adoção de medidas administrativas judiciais e políticas, nos limites da lei, para sua regularização mediante concurso.

O tema envolve uma questão processual relevante, porquanto não se constata o ajuizamento de ações pelo Ministério Público nessa área.

A 1ª Seção Cível desse Tribunal, no julgamento ocorrido em 15.03.2017, converteu o Incidente de Assunção de Competência n.º 1.0467.13.000559-9/002 – no qual se discute a legitimidade da ANDECC para a defesa do patrimônio público – em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva e, em consequência, suspendeu as ações civis públicas em que se discute essa questão.

A Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos tem se manifestado da forma exposta a seguir.

O inciso V, alíneas “a” e “b”, do art. 5º da Lei n.º 7.347/85, **incluído pela Lei n.º 11.448/2007** tinha a seguinte redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei n.º 12.966, de 24.04.2014, que alterou a Lei da Ação Civil Pública (LACP) para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, deu a seguinte redação à citada alínea “b”:

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, **aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos** ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifo nosso)

Decorridos dois meses da citada alteração, a Lei n.º 13.004, de 24.06.2014 – que entrou em vigor dois meses depois de sua publicação –, alterou novamente o referido dispositivo para incluir, entre as finalidades da ação civil pública promovida pela associação civil, a proteção do patrimônio público e social.

A redação atual do dispositivo em tela é a seguinte:

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, **a proteção ao patrimônio público e social**, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
(grifo nosso)

A defesa do instituto do concurso público, necessário à regularização da delegação da serventia – finalidade da Andecc –, constitui direito difuso inserido na tutela do patrimônio público sob o ângulo imaterial, qual seja, a estrita observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF) nos certames, cuja legitimidade foi **expressamente** atribuída às associações pela norma citada.

A realização do concurso para a delegação das serventias interessa não só aos eventuais candidatos, mas a toda a sociedade.

2 CONCLUSÃO

A Andecc tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública que visa a tutelar o direito ao preenchimento das vagas em serventias notariais e de registro por meio de concurso público.

*A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL*¹

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos MPMG

DEFESA: ANTÔNIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES *

Síntese: O art. 66, § 5º, IV e § 6º, II, do Novo Código Florestal, ao estabelecer de forma genérica que as áreas utilizadas para compensação da reserva legal devem estar localizadas no mesmo bioma, afrontam os seguintes dispositivos da Constituição da República: a) art. 225, caput, que consagra o dever geral de proteção ambiental; b) art. 225, § 3º, que prevê a obrigação de reparação do dano ao meio ambiente; c) art. 225, § 1º, I, que estabelece o dever de restaurar os processos ecológicos essenciais; d) art. 225, § 1º, III, que veda a utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção; e) art. 186, II, que estabelece a exigência de que a propriedade atenda sua função social; f) art. 5º, XXXVI, que resguarda o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada.

Acrescente-se, ainda, a afronta ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental edois outros deveres fundamentais explicitados nos seguintes incisos do § 1º do aludido art. 225 da Constituição da República – a) o dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético (inciso II); b) o dever de proteger a fauna e a flora, com proibição de práticas que coloquem em risco sua função ecológica (inciso VII); bem como um dos objetivos fundamentais da República – a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF).

Impõe-se, portanto, conferir aos citados dispositivos do Novo Código Florestal interpretação conforme a Constituição, para que a expressão “localizada no mesmo bioma” seja entendida de forma a autorizar-se apenas a compensação entre áreas de identidade ecológica (mesma flora e fauna).

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

O inciso IV do § 5º do art. 66 da norma citada admite a compensação da Reserva Legal por outra área desde que localizada no mesmo bioma.

A norma em comento merece ser interpretada com os olhos voltados para a Constituição Federal, sob pena de se desvirtuar importância instituto de defesa ambiental.

Isso porque a reserva legal constitui a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural necessária ao uso econômico, de modo sustentável, dos recursos naturais, à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e da flora nativas (art. 3º, III, do Novo Código Florestal).

Assim, segundo essa definição, a reserva legal visa à conservação dos atributos biogeográficos – elementos da fauna e da flora – da região na qual a propriedade rural se encontra. Não foi sem razão, portanto, que o legislador empregou o vocábulo “nativas” para se referir à fauna e à flora amparadas pela reserva legal.

O Código Florestal revogado admitia a compensação da reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertencesse ao mesmo ecossistema e estivesse localizada na mesma microbacia (art. 44, III, da Lei n.º 4.771/65).

Na impossibilidade de compensação dentro da mesma microbacia, o § 4º do aludido art. 44 do revogado Código Florestal previa a compensação com área situada na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado; porém, deveria o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de “maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação”, atendido, quando houvesse, o Plano de Bacia Hidrográfica e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III do artigo em comento – a equivalência em importância ecológica e em extensão.

Walter de Paula Lima e Maria José Brito Zakia ensinam que, do ponto de vista hidrológico, as bacias hidrográficas são classificadas em grandes e pequenas não com base em sua superfície total, mas nos efeitos de certos fatores dominantes na geração do deflúvio. Propõem, então, o seguinte conceito para microbacia:

Define-se “microbacia” como sendo aquela cuja área é tão pequena que a sensibilidade a chuvas de alta intensidade e às diferenças de uso do solo não seja suprimida pelas características da rede de drenagem.²

Sempre que se fala em microbacia, a referência é um córrego ou um ribeirão, e nunca um rio. Para o rio, a referência é bacia.

Havia, pois, uma escala a ser seguida pela regra excepcional. Podia-se compensar a área de reserva legal: a) na mesma microbacia; b) na impossibilidade, na mesma bacia do mesmo Estado da Federação.

A Lei Estadual n.º 14.309/2002 flexibilizou o instituto da compensação **ampliando** a exceção para autorizar a aquisição de gleba não contígua, na mesma **bacia** hidrográfica, o que significa dizer que a inexistência de reserva legal em um Estado podia ser compensada com área localizada até mesmo em **outro Estado da Federação**, desde que integrante da mesma bacia.

Como já dito, esse Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da referida norma – ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000, Rel. p/ac. Des. Herculano Rodrigues, j. 27.08.2008 – deixando expresso que a compensação “somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia”.

Na época, causou espécie aos eminentes Desembargadores membros do Órgão Especial – então Corte Superior – a possibilidade de se compensar a reserva legal com outra área situada na mesma bacia sem equivalência ecológica, inclusive, em outro Estado da Federação.

O Novo Código Florestal foi além da lei mineira. O que era exceção virou regra. O tema foi tratado com desmedida benevolência, porquanto se permitiu a compensação da reserva legal em outra área equivalente com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, **localizada no mesmo bioma (art. 66, § 5º, IV)**, inclusive, **fora do Estado**, desde que identificada como prioritária pela União ou pelos Estados (cf. inciso III do § 6º do aludido).

Isso significa dizer que o desmatamento do cerrado em Minas Gerais poderá ser compensado nos Estados do Maranhão, Piauí, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio Grande do Sul, os quais também são compostos pelo cerrado. Em resumo: a devastação de um Estado poderá ser compensada em outro.

2 PAULA LIMA, Walter de; ZAKIA, Maria José Brito. *Hidrologia de matas ciliares*. Disponível no site do Instituto de Pesquisas e Estudos Florestais <http://www.ipef.br/hidrologia/mataciliar.asp>

Conquanto situadas no mesmo bioma, ausente a equivalência ecológica entre as áreas – identidade entre o clima, a vegetação e o ecossistema – a compensação **não** se presta a preservar espécies da região desmatada.

O instituto da reserva legal perdeu, pois, sua finalidade de proteção da fauna e da flora, de conservação da biodiversidade, de reabilitação dos processos ecológicos, enfim, de viabilização do uso sustentável dos recursos naturais. A ideia ínsita à reserva legal – preservação de uma parte do bioma original em cada propriedade rural para manter o equilíbrio ecológico – cai por terra.

Na ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.901 ajuizada pelo Procurador-Geral da República para impugnar o referido dispositivo, anexou-se estudo da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e da Academia Brasileira de Ciências apontando a impropriedade técnica dessa compensação no mesmo bioma em razão dos significativos prejuízos ambientais. Vale transcrever o seguinte excerto do citado documento:

Nos biomas com índices maiores de antropização, como o Cerrado, a Caatinga e algumas áreas altamente fragmentadas como a Mata Atlântica e partes da Amazônia, os remanescentes de vegetação nativa, mesmo que pequenos, têm importante papel na conservação da biodiversidade e na diminuição do isolamento dos poucos fragmentos da paisagem.

Tais remanescentes funcionam como trampolins ecológicos no deslocamento e na dispersão das espécies pela paisagem.

Essas características exigem que eventuais compensações sejam feitas na própria microbacia ou na bacia hidrográfica. As características fitoecológicas da área a ser compensada - e não o bioma como um todo, devido à alta heterogeneidade de formações vegetais dentro de cada bioma - devem ser a referência para a compensação. (p. 13)

[...]

Conforme a proposta apresentada no substitutivo, um proprietário do interior de São Paulo que deveria conservar uma RL de floresta Estacional Semidecídua pode compensar a destruição irregular desta RL comprando uma área de floresta Ombrófila Densa da Serra do Mar, ou mesmo de uma área de floresta em Pernambuco.

Nos dois exemplos, as florestas não são equivalentes, pois estão situadas em condições ambientais e climáticas muito distintas, com vegetações e ecossistemas bastante diferentes e que não se equivalem.

Esse novo dispositivo legal ignora que as florestas e demais formações vegetacionais brasileiras são heterogêneas, resultado de complexos processos biogeográficos, sendo esta, justamente, a razão para que essas áreas sejam reconhecidas internacionalmente pela sua alta biodiversidade.

A maioria das espécies tem distribuição geográfica limitada dentro de cada bioma, seja em centros de endemismos ou zonas biogeográficas, seja em diferentes fisionomias. Áreas de compensação não adjacentes ou em diferentes regiões fitoecológicas não se prestam a conservar espécies da região perdida.

[...]

As compensações deveriam ser realizadas somente em áreas ecologicamente equivalentes, considerando não apenas as regiões de endemismo, mas também as diferenças de composição de espécies e estrutura dos ecossistemas que ocorrem dentro das subdivisões de cada grande bioma brasileiro.

Mesmo assim, é importante notar que qualquer compensação de perda da RL em uma região realizada em outra área não repõe os serviços ecossistêmicos que a RL perdida prestava na sua área original, nem impede a degradação ambiental progressiva que tal perda provoca.

Não há dúvida de que a aquisição de uma área no mesmo bioma **sem equivalência ecológica** é insuficiente como mecanismo de compensação. Daí a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

A Constituição da República, influenciada pelo revogado Código Florestal, além de fazer constar do conceito de função social da propriedade a proteção do meio ambiente (art. 186, II), erigiu o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos – nos quais se incluem a reserva legal e as áreas de preservação permanente – à categoria de dever fundamental do poder público para garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, III).

A constitucionalização desses espaços territoriais trouxe consequências vinculantes ao sistema jurídico, inclusive com restrições dirigidas ao legislador, porquanto, para assegurar a efetividade desse direito, o art. 225, § 1º, da CF – em seus incisos – prevê como atribuição do poder público: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (inciso II); c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (inciso III); d) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (inciso VII).

Além do dever geral de não degradação ambiental consagrado na Constituição da República, a criação desses espaços territoriais especialmente protegidos decorre do dever de preservar e de restaurar os processos ecológicos essenciais – a diversidade e a integridade do patrimônio genético, a fauna e a flora –, cujo cumprimento atinge as três esferas de poder: o Executivo deverá observá-lo em seus atos administrativos – especialmente no licenciamento; o Judiciário não poderá chancelar a utilização predatória dos espaços protegidos, zelando pela função ambiental dessas áreas, e ao Legislativo, na elaboração da legislação infraconstitucional, caberá atender o referido preceito.

A compensação de reserva legal em outra área no mesmo bioma sem equivalência ecológica, além de afrontar os deveres de não degradação (art. 225 da CF) e de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º), viola os seguintes deveres fundamentais explicitados nos seguintes incisos do § 1º do aludido art. 225 da Constituição da República: a) a vedação de que espaços territoriais especialmente protegidos sejam utilizados de forma a comprometer os atributos que justificam sua proteção (inciso III); b) o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (inciso I); c) o dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético (inciso II); d) o dever de proteger a fauna e a flora, com proibição de práticas que coloquem em risco sua função ecológica (inciso VII).

A ofensa a um dos objetivos fundamentais da República – redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) – está também evidenciada.

É que a norma em comento agrava as desigualdades regionais do Estado, em razão do estímulo à monocultura nas áreas mais férteis. Explico.

Na hipótese, as grandes propriedades do triângulo mineiro e das demais regiões das bacias dos rios Paranaíba e Grande acorreram ao IEF para compensar área de reserva legal em regiões mais carentes do Estado, v.g., Norte de Minas, bacias dos rios Jequitinhonha e Pardo de Minas. Não porque tais proprietários pretendessem conservar o meio ambiente do Norte mineiro, mas sim porque existe enorme diferença entre os valores dos imóveis de uma e de outra região, sendo muito mais barato o valor do hectare na região norte.

No âmbito estadual, tal procedimento tem consequências desastrosas. As regiões ricas ficarão desprovidas de florestas. As regiões pobres – para onde inevitavelmente são destinadas as compensações – permanecerão com milhares e milhares de hectares insuscetíveis de exploração.

Ademais, a compensação em comento estimula as desigualdades regionais, porquanto condena as regiões menos férteis a não se desenvolverem, como bem alertou o Desembargador Wander Marotta, no substancial voto proferido no citado julgamento da Adin n.º 1.0000.07.456706-6/000, j. 27.08.2008, *verbis*:

A partir do momento em que o Estado permite que a reserva legal seja averbada em outra região que não a devastada, o instituto perde a finalidade. Além de a Lei Estadual incentivar a que o meio ambiente de uma região seja completamente destruído, a autorização para que a reserva legal seja instituída em outra região pode vir a impedir o desenvolvimento econômico de região com terras menos férteis. Por exemplo: no triângulo mineiro, as terras são valiosas e produtivas. Os empresários podem adquirir as terras na região, já desenvolvida, e instituir, segundo a lei estadual, áreas de reserva no Norte de Minas, região menos desenvolvida economicamente e que terá o seu próprio desenvolvimento econômico prejudicado caso todos os proprietários de terras no Triângulo resolvessem averbar, ali, área de reserva legal. É um terrível e perverso reflexo da lei questionada. Mais uma vez, contrariando tudo o que se sabe de economicidade, as regiões mais pobres do Estado serão prejudicadas.

A norma em tela, ao estabelecer um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, viola o princípio da vedação do retrocesso social, formulado da forma seguinte por Canotilho:

A liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais

fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral. (cf. voto proferido pelo Des. Wander Marotta na referida ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 5).

Não há dúvida, portanto, de que a norma do Novo Código Florestal impugnada defende, antes do interesse ambiental, o interesse econômico dos grandes proprietários e monocultores, abrindo caminho para que explorem integralmente suas propriedades, em detrimento da conservação do meio ambiente na sua região, transferindo áreas que não podem ser exploradas para regiões mais carentes de Minas Gerais ou para outros Estados da Federação, com hectares a preço muito menor.

Nesse ponto, relembre-se a lapidar lição do Ministro Celso de Mello no sentido de que, diante do conflito entre o interesse ambiental e o econômico, o primeiro deverá prevalecer:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.(ADI-MC n.º 3540/ DF, Relator: Min. Celso de Melo, j. 01.09.2005, grifo nosso)

No entanto, a hipótese autoriza interpretar-se a expressão “localizada no mesmo bioma”, contida no inciso IV do § 5º do art. 66 do Novo Código Florestal, conforme os citados dispositivos da Constituição da República, autorizando-se apenas a compensação entre áreas com identidade ecológica.

Registre-se que a inconstitucionalidade é afastada se possível a interpretação conforme a Constituição, a qual pode ser feita por parte de órgão fracionário do Tribunal sem ofender a Súmula Vinculante n.º 10 do STF “por não implicar em afastamento ou em declaração de inconstitucionalidade dos artigos interpretados” (STJ – Ag. no REsp n.º 1.261.003-RS, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, *DJ* 29.09.2011).

Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0702.12.002260-4/001, Rel. p/ac. Des. Afrânio Vilela, *DJ* 14.04.2014, apreciando hipótese semelhante, a 2ª Turma Cível desse Tribunal, por maioria, **em decisão lapidar**, além de não admitir a retroatividade do Novo Código Florestal, propôs a interpretação da mencionada expressão “localizada no mesmo bioma”, contida no inciso IV do § 5º do art. 66 do Novo Código Florestal, “para o fim de esclarecer que a compensação deve ser feita, dentro de áreas com identidade ecológica, ou seja, com mesma flora e fauna. Essa identidade é a essência da preservação da vida, naquela localidade. Apenas na absoluta impossibilidade de instituição no próprio imóvel, originário, é que poderá a reserva ser acostada a outro imóvel, com os característicos próprios da microbacia”.

No substancial voto condutor do acórdão, o Desembargador Afrânio Vilela, depois de analisar os aspectos fáticos e jurídicos da questão e de ressaltar o importante papel do Poder Judiciário na defesa do meio ambiente, explícita, com inegável acerto, os seguintes requisitos para a compensação:

Ademais, importa observar aspecto fático quando se autorizar a compensação. Vejamos:

Dentro de um bioma pode haver vários microsistemas. Cada qual com suas peculiaridades. Assim, pode haver faixa de terras de cerrado, por exemplo, com sua vegetação específica, seus animais naturalmente adaptados, servindo à cadeia alimentar. Cada um dos elementos integrantes deste conjunto possui um propósito natural dentro daquele ambiente. As borboletas polinizam, os pássaros distribuem sementes, reflorestando. O sapo que vive na beira úmida come os insetos, é comido pelo réptil, que por sua vez é comido pelo felino ou pelo gavião, que podem estar no topo da cadeia alimentar. O equilíbrio está saudável.

Ocorre que devastada esta área e outra adquirida para sustentar a reserva legal, mister que haja estudo de efeitos ambientais para a identificação da fauna e da flora, sem esquecer dos recursos hídricos, posto que se o novo ambiente não propiciar a mesma possibilidade de vida, a sustentação ecológica e ambiental não estará atendida nos termos naturais e dentro dos preceitos constitucionais hoje edificados.

Portanto, é importante que o órgão de controle governamental em seu laudo assim informe, e não que apenas esteja a área situada dentro do mesmo bioma. Há casos concretos trazidos aos Tribunais

nos quais se busca compensar o desmatamento de área com grande árvores, terras de boa cultura e com capacidade manancial com áreas de serras, notadamente áridas, com vida específica e flora restrita, e condizente com aquele meio ambiente.

Equivale dizer: o sentido sócio ambiental não está sendo observado. A ética que se exige de todos os que exploram sustentavelmente o meio ambiente, em sentido lato, e especificamente, sua propriedade também não. E o prejuízo será sentido pela sociedade mais próxima, que poderá perder a cobertura vegetal e todos os benefícios que ela traz às pessoas e animais.

A explicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vista à f. 401, tem pertinência ecológica e ambiental, mas antes disso, é juridicamente perfeita segundo a ótica da legislação existente e o sentido supra legal das regras, inclusive naturais, de conservação desses bens, pois ao mencionar microbacia, a legislação busca garantir que a reserva legal compensatória seja instituída próxima do imóvel que originariamente deveria possuí-la. Por isso, deve debitar o equívoco à conta do IEF, quando autoriza a compensação sem explicitar se a conservação da fauna, da flora e dos recursos outros seriam idênticos ao do imóvel objeto da obrigação inicial e se atenderia ao intuito social da lei.

Da forma simplista como foi a observada nestes autos, pode-se compreender que o Estado autoriza que em uma dada região seja toda floresta devastada, desde que, mesmo a grande distância, outra área seja reservada. Com todo respeito ao conhecimento técnico da Administração, o desequilíbrio é a consequência.

O acórdão – no que interessa – tem a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CÍVEL PÚBLICA - AVERBAÇÃO DE REGISTRO DE AREA DE RESERVA LEGAL COMPENSATÓRIA - MICROBACIA DIVERSA - ATO IMPUGNADO REALIZADO NA VIGÊNCIA DA LEI 4.771/75 - NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) - IRRETROATIVIDADE - ARTIGO 462 DO CPC - INAPLICABILIDADE - ARTIGO 66, §6º, II, DA LEI 12.651/12 - COMPENSAÇÃO EM ÁREA LOCALIZADA NO MESMO BIOMA - DISPOSIÇÃO GENÉRICA – ESTUDO OBJETIVO E ESPECÍFICO - INEXISTÊNCIA – DESEQUILÍBRIO AMBIENTAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA REFORMADA.

Por força do princípio da irretroatividade legal, o Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12) não se aplica ao fato ocorrido sob o diploma revogado (Lei 4.771/75) e, por se tratar de direito superveniente, incabível invocar os ditames do artigo 462 do CPC para este fim.

O artigo 66, §6º, II, do novo Código ambiental ao estabelecer de forma genérica, que as áreas utilizadas para compensação devem estar localizadas no mesmo bioma da área de reserva legal, é norma que traduz nítido retrocesso, ante a potencialidade do desequilíbrio ecológico ambiental decorrente de sua observância.

2 CONCLUSÃO

O inciso IV do § 5º do art. 66 merece interpretação conforme a Constituição Federal, para que a expressão “localizada no mesmo bioma” seja interpretada de forma a autorizar-se apenas a compensação entre áreas de identidade ecológica.

*A INCONSTITUCIONALIDADE DA “ANISTIA FLORESTAL”*¹

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos MPMG

DEFESA: GISELA POTERIO SANTOS SALDANHA*

Síntese: O art. 67 do citado Código, ao isentar o proprietário de imóvel rural de até quatro módulos fiscais de recompor a área desmatada – a obrigação de reflorestar data de 18.01.1992 (art. 99 da Lei n.º 8.171/91) – afronta os seguintes dispositivos da Constituição da República: a) art. 225, caput, que consagra o dever geral de proteção ambiental; b) art. 225, § 3º, que prevê a obrigação de reparação do dano ao meio ambiente; c) art. 225, § 1º, I, que estabelece o dever de restaurar os processos ecológicos essenciais; d) art. 225, § 1º, III, que veda a utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção; e) art. 186, II, que estabelece a exigência de que a propriedade atenda sua função social; f) art. 5º, XXXVI, que resguarda o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada. Acrescente-se, ainda, a afronta ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE
*Procuradora de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

O art. 67 da norma citada criou uma espécie de “anistia” florestal que tem efeito devastador.

O dispositivo referido tem a seguinte redação:

Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

A inconstitucionalidade da aludida norma salta aos olhos.

Registre-se a existência de três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República na referida Corte Constitucional – n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903 – impugnando vários dispositivos do Novo Código Florestal.

O tamanho do módulo fiscal – unidade de medida agrária que representa a área mínima necessária para as propriedades rurais poderem ser consideradas economicamente viáveis – no Brasil varia de cinco a cento e dez hectares, dependendo do Município.

O dispositivo citado prevê a constituição da reserva legal com o percentual de vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008. A norma permite o registro de reservas legais em percentual inferior a 20% da área do imóvel. Por exemplo: se a propriedade tinha 0,01% de vegetação nativa em 22.06.2008, essa será a área da reserva legal. O que significa dizer que os desmates ilícitos foram consolidados.

No Brasil, 90% dos imóveis rurais têm área de até quatro módulos fiscais; assim, o impacto da aplicação do dispositivo em comento é devastador. Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA), cerca de 29,6 milhões de hectares deixarão de ser recuperados, *verbis*:

Com base na área total dos imóveis rurais e aplicando os percentuais de reserva legal previstos no atual Código Florestal para cada tipo de vegetação, o Brasil deveria possuir uma área total de **258,2 milhões de hectares** de reserva legal.

Aplicando o índice de passivo obtido para cada município, foi estimado um passivo total de reserva legal de **159,3 milhões de ha** (61,7% da área total de reserva legal prevista na lei atual).

4.1. Cenário 1: Área de reserva legal que será isenta de ser recuperada

Neste primeiro cenário, considerou-se a hipótese de anistia dos passivos atuais existentes nas áreas de RL referentes aos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais. Neste contexto, o passivo total estimado isento de ser recuperado é de **29,6 milhões de hectares (tabela 3)**, sendo que a maior parte deste passivo ocorreu na Amazônia e é de 18 milhões de ha (61%) (Figura 2). (grifo do original – cf. fl. 305 da ADin 4.902)

A desoneração do dever de restaurar essas áreas premia injustificadamente aqueles que realizaram desmatamentos ilegais.

Os prejuízos ambientais saltam aos olhos.

Em outro estudo, produzido pela Academia Brasileira de Ciência e pela Sociedade Brasileira para o Progresso Científico na época da discussão da lei no Congresso Nacional, os parlamentares foram alertados das consequências da redução das áreas de reserva legal e de preservação permanente nos termos seguintes:

Entre os impactos negativos da redução de APPs e de RL estão a extinção de espécies de muitos grupos de plantas e animais (vertebrados e invertebrados); o aumento de emissão de CO₂; a redução de serviços ecossistêmicos, tais como o controle de pragas, a polinização de plantas cultivadas ou selvagens e a proteção de recursos hídricos; a propagação de doenças (hantavírus e outras transmitidas por animais silvestres, como no caso do carrapato associado à capivara); intensificação de outras perturbações (incêndios, caça, extrativismo predatório, impacto de cães e gatos domésticos e ferais, efeitos de agroquímicos); o assoreamento de rios, reservatórios e portos, com claras implicações no abastecimento de água, energia e escoamento de produção em todo o país. (cf. fl. 15 da Adin n.º 4.902)

A reserva legal constitui a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural necessária ao uso econômico, de modo sustentável, dos recursos naturais, à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e da flora nativas (art. 3º, III, do Novo Código Florestal).

Assim, segundo essa definição, a reserva legal visa à conservação dos atributos biogeográficos – elementos da fauna e da flora – da região na qual a propriedade rural se encontra. Não foi sem razão, portanto, que o legislador empregou o vocábulo “nativas” para se referir à fauna e à flora amparadas pela reserva legal.

A Constituição da República, influenciada pelo revogado Código Florestal, além de fazer constar do conceito de função social da propriedade a proteção do meio ambiente (art. 186, II), erigiu o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos – nos quais se incluem a **reserva legal** e as áreas de preservação permanente – à categoria de dever fundamental do poder público para garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, III).

A constitucionalização desses espaços territoriais trouxe consequências vinculantes ao sistema jurídico, inclusive com restrições dirigidas ao legislador, porquanto, para assegurar a efetividade desse direito, o art. 225, § 1º, da CF – em seus incisos – prevê como atribuição do poder público: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (inciso II); c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (inciso III).

Além do dever geral de não degradação ambiental consagrado na Constituição da República, a criação desses espaços territoriais especialmente protegidos decorre do dever de preservar e de restaurar os processos ecológicos essenciais – a diversidade e a integridade do patrimônio genético, a fauna e a flora –, cujo cumprimento atinge as três esferas de poder: o Executivo deverá observá-lo em seus atos administrativos – especialmente no licenciamento; o Judiciário não poderá cancelar a utilização predatória dos espaços protegidos, zelando pela função ambiental dessas áreas; o Legislativo deverá atender o referido preceito na elaboração da legislação infraconstitucional.

Em caso de dano ao meio ambiente, a Carta consagra o dever de reparação, segundo o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º, da CF).

Isentar o proprietário de recompor a área desmatada – a obrigação de reflorestar data de 18.01.1992 (art. 99 da Lei n.º 8.171/91) –, além de afrontar os deveres de não degradação (art. 225 da CF) e de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º), viola os seguintes deveres fundamentais explicitados nos seguintes incisos do § 1º do aludido art. 225 da Constituição da República: a) a vedação de que espaços territoriais especialmente protegidos sejam utilizados de forma a comprometer os atributos que justificam sua proteção (inciso III); b) o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (inciso I).

A norma em tela, ao estabelecer um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, violam também o princípio da vedação do retrocesso social, formulado da forma seguinte por Canotilho:

A liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da proteção ambiental, sendo vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral. (cf. voto proferido pelo Des. Wander Marotta na TJMG – ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000, j. 27.08.2008). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 5)

A aplicação retroativa do aludido art. 67 do Novo Código Florestal a situações constituídas sob a égide do Código revogado viola o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC – fundamento citado para justificar a aplicação da lei nova – “é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece ao cânone da irretroatividade”, como bem lembra o Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp. n.º 444.921-RS, 1ª T., DJ 11.11.2002.

Aliás, sobre a irretroatividade da lei ambiental – e em especial do Novo Código Florestal –, registre-se a existência de sucessivos precedentes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do REsp. n.º 980.709-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 02.12.2008, a referida Corte não admitiu a aplicação da lei nova que reduzira a faixa *non aedificandi*, prevista na Lei de Parcelamento do Solo Urbano. O acórdão tem a seguinte ementa:

O direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei n. 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a “faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado do arroio”.

Analisando pedido de aplicação do art. 59 do Novo Código Florestal – que prevê anistia de multas por infrações ambientais – no julgamento da Pet. no REsp. n.º 1.240.122-PR, DJ 19.12.2012, o Rel. Min. Herman Benjamin assim consignou:

O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).

O citado posicionamento repetiu-se, em 2013, no julgamento do AgRg no Ag. no REsp. n.º 327.687-SP, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 26.08.2013, no qual não se admitiu a aplicação do art. 15 do Novo Código Florestal, que prevê o cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal, *verbis*:

Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que “o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).”

De forma idêntica, recentemente, a aludida Corte não admitiu a aplicação dos arts. 68 e 58 do Novo Código Florestal em acórdãos cujas ementas – no que interessa – têm, respectivamente, a seguinte redação:

A Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais. (AgRg no REsp. n.º 1.367.968-SP, 2ª T.; Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 12.03.2014)

A entrada em vigor da Lei n. 12.651/2012 revogou o Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771), contudo, não concedeu anistia aos infratores das normas ambientais. Em vez disso, manteve a ilicitude das violações da natureza, sujeitando os agentes aos competentes procedimentos administrativos, com vistas à recomposição do dano ou à indenização. (AgRg no REsp. n.º 1.313.443-MG, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, *DJ* 12.03.2014)

Deve, portanto, ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n.º 12.651/2012, em razão da afronta aos seguintes dispositivos constitucionais: a) art. 225, *caput*, que consagra o dever geral de proteção ambiental; b) art. 225, § 3º, que prevê a obrigação de reparação do dano ao meio ambiente; c) art. 225, § 1º, I, que estabelece o dever de restaurar os processos ecológicos essenciais; d) art. 225, § 1º, III, que veda a utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção; e) art. 186, II, que estabelece a exigência de que a propriedade atenda sua função social; f) art. 5º, XXXVI, que resguarda o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada. Acrescente-se, ainda, a afronta ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.

Nesse sentido, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0144.11.003964-7/002, Rel. Des. Walter Luiz, *DJ* 14.08.2015 reconheceu a inconstitucionalidade incidental do dispositivo em comento. O acórdão tem a seguinte ementa:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 67 DA LEI Nº 12.651/2012 - NOVO CÓDIGO FLORESTAL - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDO - VEDAÇÃO DO PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO - MEIO AMBIENTE TIDO COMO DIREITO FUNDAMENTAL - DISPOSITIVO LEGAL QUE PREVÊ DESONERAÇÃO DO DEVER DE RESTAURAÇÃO DE ÁREAS DE RESERVA LEGAL - INCIDENTE QUE SE JULGA PROCEDENTE - INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DECLARADA - QUESTÃO QUE TAMBÉM É ALVO DE QUESTIONAMENTO EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI Nº 4902). A previsão do art. 67 da Lei n.º 12.651/2012, que desonera os proprietários rurais dos deveres referentes à proteção das florestas e ainda convalida ilegalidades já cometidas sem qualquer contrapartida, constitui flagrante retrocesso social, em verdadeira afronta aos fins constitucionais. Deve ser declarado inconstitucional o art. 67 da Lei 12.651/12, ante a violação do dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225, *caput*, da Constituição da República, das exigências constitucionais de reparação dos danos ambientais causados (art. 225, § 3º) e de restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I); a vedação de utilização de espaço especialmente protegido

de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III); a exigência constitucional de que a propriedade atenda à sua função social, bem como o princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental, ainda, aos princípios do meio ambiente como direito fundamental, da prevenção e da precaução. V.V.: Afigura-se prematuro o julgamento pelo Órgão Especial do TJMG de um incidente de inconstitucionalidade relativa a uma questão que se encontra sob o crivo decisório do STF, com o caráter de repercussão geral.

2 CONCLUSÃO

O art. 67 do Novo Código Florestal é inconstitucional por afrontar os arts. 5º, XXXVI, 186, II, 225, *caput*, §§ 1º e 3º, I e III, da Constituição Federal.

*O CADASTRO AMBIENTAL RURAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL*¹

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos MPMG

DEFESA: GISELA POTERIO SANTOS SALDANHA*

Síntese: A Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal) não suprimiu a averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis; em verdade, apenas desobrigou a averbação caso o proprietário do imóvel tenha diligenciado no sentido de registrar a reserva legal no CAR – Cadastro Ambiental Rural. O § 4º do art. 18 da norma citada é taxativo ao afirmar que “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis”, o que, *a contrario sensu*, induz à conclusão de que só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural. Afirmar a facultatividade do registro durante o prazo que os proprietários rurais dispõem para inscrever seus imóveis no CAR equivale a permitir que, nesse lapso temporal, sejam desrespeitados os demais preceitos legais, protetivos da área de reserva legal.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Procuradora de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

Muitas ações objetivando a instituição da reserva legal têm sido julgadas extintas, ao argumento da falta de interesse de agir. De acordo com essas decisões, a nova lei desobrigou os proprietários rurais de averbarem a reserva legal no Registro de Imóveis, estando obrigados, tão somente, a registrarem no Cadastro Ambiental Rural (CAR) até 31 de dezembro de 2017 (art. 29, § 3º, da Lei n.º 12.621/2012).

O equívoco é manifesto.

Primeiro, porque a averbação (termo utilizado pelo Código revogado) ou o registro (expressão usada no Novo Código) representa uma das obrigações de fazer da constituição ou da instituição da reserva legal, na qual se incluem as obrigações de demarcar, de cercar, de recompor e de permitir a regeneração natural da vegetação.

Arrisca-nos a dizer que, na defesa do meio ambiente, a averbação no Cartório do Registro de Imóveis ou o registro no CAR talvez seja a obrigação de menor relevância entre as referidas.

O grande desafio para um Estado que, pelo quinto ano consecutivo, acumula o triste recorde de devastação da Mata Atlântica é retirar a reserva legal do “papel” ou do “registro eletrônico” – para usar a expressão da nova lei – reflorestando as áreas degradadas.

Consta que, no período de 2015-2016, conforme o *Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica*, elaborado pela organização não governamental SOS Mata Atlântica, em parceria com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), divulgado em 26.05.2017, o desmatamento na Mata Atlântica aumentou quase 60% em apenas um ano. O estudo aponta o desmatamento de 29.075 hectares (ha), ou 290 Km², nos 17 Estados do bioma Mata Atlântica – representando aumento de 57,7% em relação ao período anterior (2014-2015). A vice-liderança do ranking do desmatamento ficou com Minas Gerais, com 7.410 ha desmatados, seguido por Paraná (3.453 ha) e Piauí (3.125 ha). (cf. <https://www.sosma.org.br/projeto/atlas-da-mata-atlantica/dados-mais-recentes>, acesso em 11.08.2017)

Segundo, porque, mantida pelo Novo Código Florestal a exigência de instituição da reserva legal (arts. 12, 17, 18, 19 e 20), a implementação do CAR (art. 64 da Instrução Normativa n.º 02, de 06.05.2014 do Ministério do Meio Ambiente) – registro público eletrônico no âmbito nacional (art. 29 da lei citada) –, que constitui instrumento relevante de combate ao desmatamento, só desobriga a averbação da reserva legal no Cartório de Registro, caso efetivado o registro no CAR. O § 4º do art. 18 da norma citada não deixa dúvida a respeito dessa afirmação, *verbis*:

O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à **gratuidade** deste ato. (grifo nosso)

A parte final do parágrafo citado prevê, inclusive, a gratuidade da averbação no Cartório de Registro até o registro no CAR.

Nesse sentido, citem-se – no que interessa e com destaque nosso no texto – as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

O § 4º do art. 18 da Lei n. 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis”, o que, a contrário senso, induz à conclusão de que **só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural**. (AC n.º 1.0702.11.042218-6/001, 5ª CC, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, j. 31.10.2013)

[...] 3 - Desta forma, a obrigatoriedade de constituição da área de reserva legal, que era prevista no antigo Código Florestal, foi mantida no novo Código Florestal, com a criação da novel legislação do “Cadastro Ambiental Rural - CAR”, onde passará a ser feito o registro da área de reserva legal. 4- **Todavia, na forma do §4º, do art. 18, do Novo Código Florestal, somente o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis**. (AI n.º 1.07001.13.0283006-5/001, 6ª CC, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, j. 13.05.2014)

A Lei n.º 12.651/12 (Novo Código Florestal) não suprimiu a averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis; em verdade, apenas **desobrigou a averbação caso o proprietário do imóvel tenha diligenciado no sentido de registrar a reserva legal no CAR - Cadastro Ambiental Rural**. (AC n.º 1.0145.12.081649-4/001, 5ª CC, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, j. 15.05.2014)

Sob pena de ofensa à garantia da vedação do retrocesso ambiental, apenas a efetiva inscrição da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR - dispensa o proprietário de proceder à averbação da área de proteção junto à matrícula do imóvel (art. 18, parágrafo quarto, da Lei nº 12.651/12). (AC n.º 1.0620.09.034650-8/003, 4ª CC, Rel.ª Ana Paula Caixeta, j. 15.05.2014)

O § 4º do art. 18 da Lei n. 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis”, o que, a contrário senso, induz à conclusão de que **só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural**. (AC n.º 1.0271.10.002388-3, 6ª CC, Rel. Des. Antônio Sérulo, j. 15.04.2014)

Apenas a efetiva inscrição da reserva legal no “CAR - Cadastro Ambiental Rural” dispensa o proprietário de proceder à averbação da área de proteção junto à matrícula do imóvel, ex vi do artigo 18, § 4º, do diploma legal retro citado, com a redação dada pela Lei Federal n.º 12.727/2012. (AC n.º 1.0702.10.042338-4/001, 3ª CC, Rel. Des. Elias Camilo, j. 27.03.2014)

A averbação no cartório só é dispensada se ocorrer a inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR. (AC n.º 1.0236.10.000221-1/002, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, DJ 22.01.2013)

Acrescentamos que interpretação contrária caracterizaria evidente retrocesso ambiental, porquanto, embora obrigatória a inscrição no CAR (art. 29, § 3º, do Código citado), não há sanção para a hipótese de descumprimento dessa exigência.

Ora, como o aludido dispositivo prevê o prazo de um ano contado a partir de 06.05.2014 (art. 64 da citada Instrução Normativa n.º 02 do MMA) e prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Executivo, descumprido esse prazo, ficaria a reserva legal sem o registro no CAR e sem a averbação no Registro de Imóveis, perdendo o meio ambiente instrumento eficaz de combate ao desmatamento.

Repita-se: a inscrição no CAR constitui tão somente uma obrigação acessória, a qual, por razões óbvias, não afasta a obrigação principal de instituição ou de constituição da reserva legal.

A obrigação de instituir a reserva legal tinha previsão no art. 23 do Código Florestal de 1934, o qual assim dispunha: “Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente”. Os Códigos posteriores mantiveram a exigência (art. 16 do Código de 1965 e art. 12 do Novo Código Florestal). A obrigação, portanto, completou oitenta anos.

A instituição de reserva legal é uma obrigação geral, não onerosa, a incidir sobre a propriedade e posse rurais², providas ou não de florestas, com limitação administrativa de uso, baseada no princípio da função socioambiental da propriedade (STJ – ROMS n.º 22.391-MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008; REsp. n.º 821.083, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.03.2008; RMS n.º 18.301-MG, DJ 03.10.2005; REsp. n.º 865.309-MG, 2ª T.; Rel. Min. Castro Meira, j. 23.09.2008; REsp. n.º 927.979-MG, 1ª T.; Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.05.2007; EDcl no AgRg no REsp n.º 255.170-SP, 1ª T.; Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.04.2003; RMS n.º 22.391-MG, 1ª T.; Rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008).

No caso vertente, necessário consignar que a lesão ao meio ambiente decorrente da falta de reserva legal nas propriedades é de natureza perene, porquanto a falta de reserva legal priva a sociedade dos seguintes benefícios dela advindos: a) regulação hidrológica – aumento do armazenamento, transferência e recarga de aquíferos; b) regulação atmosférica – mais sequestro de carbono e redução de gases causadores do efeito estufa; c) controle da erosão e das pragas agrícolas; d) polinização.

2 CONCLUSÃO

O § 4º do art. 18 da Lei n.º 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis”, o que, *a contrário sensu*, induz à conclusão de que só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural.

² Vale lembrar que o art. 25, *caput*, da Lei Estadual n.º 20.922/13 – que revogou a Lei Estadual n.º 14.309/02 – obriga indistintamente o **proprietário** e o **possuidor** a manterem cobertura de vegetação nativa a título de reserva legal.

*O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) E O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA INSTITUIÇÃO DA RESERVA LEGAL*¹

Autoria coletiva:

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos MPMG

DEFESA: ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA *

Síntese: A extensão do prazo final para o reflorestamento, a instituição do CAR e de outro Programa de Regularização Ambiental, previstos no Novo Código Florestal, não retiram o interesse de agir das ações civis públicas, porquanto as citadas normas não afastaram o dever legal de constituição da reserva legal. O citado programa de regularização ambiental tem efeito apenas na seara administrativa.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Procurador de Justiça – MPMG

1 FUNDAMENTAÇÃO

A existência de programa de regularização ambiental retira ou não o interesse de agir na ação civil pública destinada à instituição da reserva legal?

Muitas ações têm sido extintas por falta de interesse de agir, em razão da criação dos citados programas.

Antes da promulgação do Novo Código Florestal, o Decreto n.º 7.209, de 10.12.2009, que instituiu o Programa Federal de Apoio à Regularização Ambiental de Imóveis Rurais – denominado “Programa Mais Ambiente” –, concedeu prazo até dezembro de 2012 para a regularização ambiental. Daí a conclusão de que, dentro do citado prazo, não havia como supor violação à legislação ambiental regente da matéria.

O Novo Código Florestal reforçou o argumento, porque prevê prazo de até **vinte anos** para a recomposição da reserva legal (art. 66, § 2º), além de criar, no art. 59, à semelhança do anterior, o Programa de Regularização Ambiental (PRA), que exige a prévia inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), previsto no art. 29 da aludida lei; normas essas que, segundo as referidas decisões, também acarretam a perda de objeto da ação.

O equívoco desses posicionamentos é manifesto.

A **extensão** do prazo final para o reflorestamento, a **instituição** do CAR e de outro Programa de Regularização Ambiental **não** retiram o interesse de agir das ações civis públicas, porquanto as citadas normas não afastaram o dever legal de constituição da reserva legal.

O Novo Código Florestal pouco inovou a respeito dessas matérias.

Quanto ao reflorestamento, o art. 99 da Lei n.º 8.171/1991 – que dispõe sobre a política agrícola –, **ainda em vigor**, estabelece:

Art. 99. **A partir do ano seguinte ao de promulgação desta lei**, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a **recompôr** em sua propriedade a **Reserva Florestal Legal**, prevista na Lei n.º 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei n.º 7.803, de 1989, mediante o plantio, **em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total** para complementar a referida Reserva Florestal Legal (RFL).

§ 2º O reflorestamento de que trata o caput deste artigo será **efetuado mediante normas que serão aprovadas pelo órgão gestor da matéria**. (grifo nosso)

Essa lei entrou em vigor na data de sua publicação, em 18.01.1991 (art. 107). O proprietário rural tem, pois, até **18.01.2022** para recompôr a reserva legal, **de acordo com o procedimento aprovado pelo órgão ambiental**.

A referida norma consagra a natureza real *propter rem* do dever de reparar o dano ambiental, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores [...] (REsp n.º 1.090.968-SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2010). No mesmo sentido: STJ – REsp 1.19.316-SP, 1ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 15.06.2010; EDcl no AgRg no REsp 255.170-SP, 1ª T.; Rel. Min. Luiz Fux, j. 1º.04.2003.

[...]

A única finalidade do art. 99 da Lei n. 8171/91 foi a de estabelecer um prazo maior, que não o imediato, para que os proprietários procedessem à recomposição da área de floresta, não alterando em nada as demais disposições legais caracterizadoras do dever de recomposição da área de reserva legal, que se for feita a passos curtos demais jamais atingirá a finalidade da lei, no tocante à preservação do meio ambiente, que não pode ser visto como um conjunto de pequenas partes, mas o próprio todo. (REsp n.º 237.690-MS, 2ª T., Rel. Min. Paulo Medina, j. 12.03.2002)

Ademais, a aludida norma prova a mora de vários proprietários rurais no cumprimento da obrigação, porque a recomposição da reserva legal deveria ter sido feita a partir de **18.01.1992**.

Essa inércia acarretou o ajuizamento de várias ações civis públicas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Da mesma forma, ainda quanto ao reflorestamento, o inciso I do art. 44 do revogado Código Florestal – na redação dada pela Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24.08.2001 – também previa a recomposição da reserva mediante o plantio, a cada

três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, **de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente**. Publicada a citada Medida Provisória em 25.08.2001, o termo final ocorreria em **25.08.2031**.

Não se pode esquecer que a obrigação de preservar as florestas tinha previsão no art. 23 do Código Florestal de 1934, o qual estabelecia: “Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente”. Os Códigos posteriores, além de não alterarem essa exigência, adotaram o conceito de reserva legal (art. 16 do Código de 1965 e art. 12 do Novo Código Florestal). A obrigação completou **oitenta anos**.

O Programa de Regularização Ambiental de Imóveis Rurais denominado “Programa Mais Ambiente” foi instituído, com vigência até dezembro de 2012, pelo referido Decreto n.º 7.029/2009, **o qual também criou o Cadastro Ambiental Rural (CAR) – arts. 3º, II, e 14**. A adesão ao citado Programa suspendia a punibilidade das infrações referentes às áreas de preservação permanente e à reserva legal e a cobrança das multas, as quais podiam ser convertidas em prestação de serviços de melhoria da qualidade ambiental – tudo depois do cumprimento das obrigações assumidas mediante termo de compromisso com o Órgão ambiental (art. 6º).

Na vigência do Código Florestal anterior, nas ações com pedido de averbação da reserva legal, instado a se pronunciar sobre a alegação de que o referido Decreto, por ter concedido prazo para a regularização ambiental, teria retirado o objeto da ação, **o Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, em sucessivos julgados, **rejeitou** tal alegação, ao argumento de que a norma em comento suspendeu as sanções administrativas, mas **não a obrigação legal de constituir a reserva legal**. Citem-se os seguintes precedentes:

O Decreto n.º 7.029/09, da Presidência da República, foi apenas postergar o prazo para aplicação da multa cominada para a hipótese de descumprimento do dever de averbação da reserva legal. (AC n.º 1.0303.08.008767-7/002, 1ª CC, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 19.04.2011)

[...] Inviável a prorrogação do prazo para instituição da reserva legal, para a data de 11 de junho de 2011, tendo em vista que o referido prazo instituído pelo Decreto-lei 7.029/2009 refere-se à infração de deixar de averbar a reserva legal e suas sanções e não à obrigação de averbação. (AC n.º 1.0016.09.092101-2/002, 2ª CC, Rel. Des. Roney Oliveira, j. 29.11.2011)

A disposição contida no art. 55 do Decreto 6.514/2008, alterado pelo Decreto 7495/2011, não interfere na exigibilidade do TAC e, por conseguinte, na sua força executiva, na medida em que não desobriga a instituição de reserva legal, mas apenas posterga o prazo para sua implementação para fins de imposição de penalidade de natureza administrativa. (AC n.º 1.0620.11.003097-5/001, 3ª CC, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 15.03.2012)

As sucessivas prorrogações da entrada em vigor do artigo 55 do decreto 6.514/08 afetaram apenas a aplicação das sanções para aquele que deixou de averbar a reserva legal, mas não suspenderam a obrigação, de forma que não há como falar, no caso, em falta de interesse de agir e em impossibilidade jurídica do pedido. (AC n.º 1.0236.10.000221-1/002, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 17.10.2013)

O artigo 55 do Decreto 6.514/2008 não tem a interpretação que pretende lhe dar o réu. Deve ser este dispositivo interpretado conjuntamente com todo o texto. Não objetiva ele premiar o proprietário que se exime da obrigação de fazer o registro da reserva legal exigida pela Lei. (AC n.º 1.0620.09.034074-1/001, 7ª CC, Rel. Des. Wander Marotta, j. 24.08.2010)

O Decreto n.º 6.514/08 não traz regra afeta à exigência da averbação, mas apenas retarda (art. 152, Dec. 6.514/08) a incidência da multa para o caso de não averbação de reserva legal. Vê-se, com clareza, que a regra é dirigida apenas aos órgãos do SISNAMA com o intuito exclusivo de se afastar a aplicação da multa, mas jamais, e em hipótese alguma, com o intuito de impedir a exigência de averbação de reserva legal. (AC n.º 1.0016.09.092973-4/002, 8ª CC, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.05.2011)

Como já dito, essa situação se repete, hoje, na vigência do Novo Código Florestal, o qual reeditou, com algumas alterações, os citados institutos.

O reflorestamento da reserva legal, mais uma vez, teve seu prazo prorrogado pelo § 2º do art. 66, que estabelece:

A recomposição de que trata o inciso I do caput deverá atender os critérios estipulados pelo órgão competente do Sisnama e ser concluída em até 20 (vinte) anos, abrangendo, a cada 2 (dois) anos, no mínimo 1/10 (um décimo) da área total necessária à sua complementação.

A nova Lei Florestal foi publicada em 28.05.2012. O termo final para o reflorestamento será **28.05.2032**. Acresceram-se, portanto, mais dez anos ao prazo fixado no art. 99 da Lei n.º 8.171, de 17.01.1991, que sequer havia decorrido.

O Programa de Regularização Ambiental (PRA) e o Cadastro Ambiental Rural (CAR), previstos nos arts. 59 e 29 do Novo Código Florestal, receberam tratamento semelhante ao dado pelo referido Decreto n.º 7.029/2009.

Registre-se que o Decreto n.º 7.830, de 17.10.2012, regulamentou o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural e os Programas de Regularização Ambiental. O Decreto n.º 8.235, de 05.05.2014, estabeleceu normas gerais complementares aos citados Programas. A Instrução Normativa n.º 02, de 06.05.2014, do Ministério do Meio Ambiente, além de dispor sobre os procedimentos de integração, execução e compatibilização do Sistema de Cadastro Rural e de definir os procedimentos gerais do Cadastro Ambiental Rural, **considerou este implementado a partir de 06.05.2014** (art. 64).

A adesão ao PRA impede as autuações por infrações cometidas antes de 22.07.2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito. A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das aludidas infrações e, cumpridas as condições estabelecidas, as multas serão convertidas em serviços de prestação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. A punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei n.º 9.605/98 também será suspensa com a assinatura do citado Termo de Compromisso (cf. arts. 59, §§ 4º e 5º, e 60 do Novo Código Florestal – cuja inconstitucionalidade foi arguida pelo Ministério Público Federal na ADin n.º 4.902).

2 CONCLUSÃO

O programa de regularização ambiental tem efeito apenas na seara administrativa, mas não retira o interesse de agir nas ações civis públicas com pedido de instituição da reserva legal.

*SEGURANÇA VIÁRIA NO ENTORNO DAS
INSTITUIÇÕES DE ENSINO
CONSTITUI DEVER PRIORITÁRIO DAS
GUARDAS MUNICIPAIS*¹

CÁSSIO MATTOS HONORATO

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

*Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Tese a ser apresentada durante o XXII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Belo Horizonte-MG, no período de 27-29.09.2017.
Áreas Cível e Especializadas (art. 38, inc. II, Regimento Interno).

SÍNTESE DOGMÁTICA

Em defesa da vida e da integridade física das crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, o Ministério Público deve recomendar, fomentar e promover ações para que as Guardas Municipais cumpram as *competências específicas* previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014 (Estatuto das Guardas Municipais); em especial as atribuições previstas no artigo 5º, incisos III, VI e XVIII, que lhes confere o dever funcional de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno” das unidades de ensino municipal; de modo a garantir, com absoluta prioridade, segurança viária e prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

FUNDAMENTAÇÃO

Em julho de 2014, a Emenda Constitucional n. 82 promoveu um conjunto relevante de mudanças na Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), disciplinando o direito fundamental à Segurança Viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sem ampliar o taxativo rol de instituições que exercem funções típicas de segurança pública,² o novo §10 do art. 144 da CR/88, estabeleceu competência comum aos Estados, Distrito Federal e Municípios para promoverem a segurança viária, por meio de seus respectivos órgãos, na forma da lei. Assim, com o advento da Lei Complementar n. 13.022/2014 (que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais), as Guardas Municipais passaram a configurar como órgãos de trânsito, ao lado dos órgãos executivos de trânsito dos municípios e das Polícias Militares.

A atribuição de poder de polícia de trânsito às Guardas Municipais já foi reconhecida pelo STF, em agosto de 2015, durante o julgamento do RE n. 688.570/MG; em que restou fixado, com repercussão geral, que “é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”³. Dentre as *competências específicas* atribuídas às Guardas Municipais pelo art. 5º da LC n. 13.022/2014, merecem destaque:

“III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; [...]

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal; [...]

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local”.

Como se percebe, a proteção da população nas instalações municipais e a segurança viária no entorno das instituições de ensino, ora incluída a função de fiscalização de trânsito nesses locais, constituem atribuições das Guardas Municipais (sem exclusão das funções típicas dos órgãos de segurança pública e das atividades de fiscalização exercidas pelos órgãos do Sistema Nacional de Trânsito).⁴

O foco da presente exposição volta-se à segurança no entorno das escolas, em especial nos períodos de entrada e de saída dos discentes, com a finalidade de garantir a todos os alunos das instituições de ensino o exercício dos direitos fundamentais à Educação e à Segurança Viária, bem como prevenir a ocorrência de ameaças ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Eis o ponto a ser abordado: a atribuição conferida pela Lei Complementar n. 13.022/2014 às Guardas Municipais, consistente em proporcionar, com absoluta prioridade (art. 227, da CR/88), segurança viária às crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, nos períodos de entrada e saída dos discentes, em todo o território do município.

Para a compreensão do tema, faz-se necessário (i) promover breve regresso à doutrina da proteção integral à infância e juventude; (ii) identificar a Educação e o Trânsito Seguro como direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado; (iii) conhecer o projeto *Operação Escola*, desenvolvido (porém, não integralmente adotado) pelo Município de Curitiba, e (iv)

² “Conforme decidiu o STF, a enumeração constitucional dos órgãos policiais é taxativa: STF – Plano – Adin n. 236-8/RJ – Rel. Min. Octávio Galotti [...]. Conferir, ainda, no mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 2828/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 16-9-2010; STF – Pleno – ADI 3469/SC – rel. Min. Gilmar Mendes, 16-9-2010.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 856).

³ BRASIL. STF. RE 658.570/MG. Rel. Min Marco Aurélio. Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso. Julg. 06.08.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497> (Acesso em 06.Mar.2017).

⁴ As atribuições dos órgãos executivos do Sistema Nacional de Trânsito encontram-se previstas na Resolução n. 66/1998 (alterada pela Resolução n. 121/2001), do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes> (Acesso em 13.Mar.2017).

perceber que as *competências específicas* atribuídas pela Lei Complementar n. 13.022/2014 às Guardas Municipais constituem deveres institucionais, cujo cumprimento não é facultativo, tampouco uma questão de conveniência ou oportunidade; mas sim, deveres funcionais a serem cumpridos sob pena de expor a perigo as crianças e adolescentes que diariamente deslocam-se de suas residências até as instituições de ensino.

1. BREVE REGRESSO À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina ou princípio da proteção integral “significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera [...]. A *proteção integral* é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma *hiperdignificação* da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos.”⁵

A Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) incorpora a doutrina da proteção integral desde seu artigo 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”; e acrescenta (em seu art. 70) que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Em relação à *proteção integral* oferecida pela legislação pátria, esclarece OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO que: “O Estatuto da Criança e do Adolescente se encontra edificado sobre duas pilas básicas: Uma delas [...] diz respeito à indicação de uma nova política de atendimento à infância e juventude, sendo que os seus componentes mais significativos têm sede na descentralização, municipalização e participação obrigatória da sociedade civil. Pretende-se, nesta nova linha, que o município seja o espaço adequado para a reflexão acerca dos problemas existentes e também o equacionador dos mesmos, apresentando os programas e ações a serem efetivados para superar as dificuldades [...]. A outra pila básica do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste no desiderato de garantir à infância e juventude todos os direitos prometidos na Constituição Federal, impedindo transformem-se eles em letras mortas.”⁶

Dentre os direitos fundamentais a serem tutelados com prioridade absoluta, em favor das crianças e dos adolescentes, encontram-se o direito à Educação e o direito ao Trânsito Seguro. Cumpre, portanto, ao Município adotar programas que garantam segurança viária aos discentes, de modo que possam realizar o deslocamento entre suas residências e as instituições de ensino com segurança, prevenindo a ocorrência de ameaças à integridade física⁷ das crianças e dos adolescentes. Um desses projetos foi desenvolvido pela Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba, na gestão 2013-2016, e denomina-se *Operação Escola*.

2. EDUCAÇÃO E TRÂNSITO SEGURO SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à Educação encontra-se expressamente previsto nos artigos 6º e 205-214 da CR/88; e, “enquanto proposta de desenvolvimento pessoal, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, implica na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”⁸. Precisamente quanto aos temas acesso físico e segurança no entorno das instituições de ensino, o direito à Educação aproxima-se do direito ao Trânsito Seguro.

Até a publicação da EC n. 82/2014, a Segurança Viária era considerada um *Direito Fundamental Implícito*, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Nesse sentido, destaca-se a doutrina: “Da fusão entre a Liberdade de Circulação e o dever de o Estado proporcionar Segurança Viária extrai-se o verdadeiro conteúdo (ou significado) do Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão, implícito na Constituição da República de 1988 por decorrer do regime e dos princípios por ela adotados, que assume no Estado Democrático de Direito a função de *garantia constitucional*, com o objetivo de assegurar segurança viária e proteger a vida dos usuários das vias terrestres.”⁹

Atualmente, a Segurança Viária e seus três elementos essenciais (*i.e.*, educação, engenharia e esforço legal para realização do trânsito em condições seguras, conhecidos como “3E” ou trinômio do trânsito)¹⁰ encontram-se expressamente previstos no §10 do art. 144 da CR/88.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 6.

6 SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 233-234, Curitiba, 1998.

7 “[...], o direito à integridade física (corporal) e psíquica abarca a proteção da integridade externa pessoal, ou seja, a esfera corporal no sentido biológico, bem como a integridade pessoal interna no que diz respeito com o funcionamento da esfera psíquica, incluindo a sensibilidade à dor e ao sofrimento físico e psíquico.” (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423-424.)

8 SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 235, Curitiba, 1998.

9 HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 164-165, Set. 2011.

10 Em relação ao conteúdo da expressão Trânsito e seus “3E”, vale conferir HONORATO, Cássio M. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas (SP): Millennium, 2009. p. 02-07.

O Trânsito Seguro, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, consiste em um conjunto de deveres individuais que, se e somente se, forem observados por todos os participantes do trânsito, ter-se-á a concretização do direito coletivo à Segurança Viária. Interessante: um direito fundamental coletivo composto por deveres individuais!

3. OPERAÇÃO ESCOLA: PROJETO DESENVOLVIDO PELO MUNICÍPIO DE CURITIBA

A *Operação Escola* foi estruturada pela Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba (e pode ser conhecida no *site* da SETRAN),¹¹ encontrando-se regulamentada pelo Decreto n. 1172, de 25.11.2014,¹² que assim define o programa: “Entende-se como Operação Escola a autorização, a elaboração de projeto, a sinalização e o treinamento de monitores para a realização de operação de travessia de pedestres e embarque e desembarque de alunos no entorno dos estabelecimentos escolares, visando a segurança do trânsito.”

Segundo o *site* da SETRAN, a “organização do trânsito em escolas nos horários de entrada e de saída” dos alunos deve ser realizada de três formas, ou modalidades distintas:

Primeira, por meio de “CONES NA VIA”, nos locais que não apresentam congestionamento, porém há risco para a segurança dos alunos. Nesta modalidade, “os cones são colocados no eixo da via, nos horários de entrada e de saída dos alunos, para alertar os motoristas sobre a necessidade de redução de velocidade”.

Na segunda modalidade, denominada “CORREDOR DE CONES”, os cones isolam a faixa que dá acesso aos portões da escola e formam um corredor para “separar o fluxo de passagem dos veículos particulares que executam o embarque e desembarque dos alunos”.

A terceira modalidade consiste na “execução de projeto específico de engenharia de tráfego”, visando a implantação de sinalização, “piscante amarelo” e/ou de meios de proteções para os pedestres. Exemplo interessante de *projeto específico de engenharia* foi localizado em frente à Escola Municipal Batel (situada na Rua Desembargador Motta, em Curitiba) e será objeto de destaque mais adiante.

De acordo com o *site* da SETRAN, a Operação Escola deveria ser realizada em 276 instituições de ensino da capital; sendo 171 escolas públicas municipais, 35 estaduais e 70 instituições particulares de ensino.

Para aferir a veracidade dessa informação, foram realizadas (no período de 09 a 25 de Agosto de 2016) visitas a 05 (cinco) estabelecimentos de ensino situados em Curitiba (sendo um privado, três municipais e um estadual). Durante as visitas foram captadas imagens digitais e preenchidos Roteiros de Avaliação (previamente elaborados pelos coordenadores da pesquisa de campo).¹³ Reunidas essas informações, pôde-se concluir que a *Operação Escola* somente é realizada em algumas instituições particulares; que a sinalização viária nas proximidades das instituições públicas é precária, e que a desorganização do trânsito em seu entorno constitui risco à integridade física e à saúde de professores, pais e alunos da rede pública de ensino.

As imagens captadas junto à instituição privada de ensino destacam (i) a formação de um *corredor de cones* (que segrega a faixa de rolamento para acesso à instituição de ensino das demais faixas); (ii) a adequada sinalização vertical e horizontal (indicando a existência da “Escola”, a “Passagem Sinalizada de Pedestres” e a necessidade de reduzir a velocidade)¹⁴; bem como, (iii) a travessia na faixa de pedestres com orientação de *monitores*, devidamente identificados por meio de coletes refletivos. As imagens abaixo revelam como deveria ser implantada a *Operação Escola* em todas as instituições de ensino (públicas e privadas), em Curitiba e, por certo, em todos os municípios do Brasil.

11 Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba (SETRAN). Disponível em: <http://www.setran.curitiba.pr.gov.br/comunidade/educacao-transito/atuacao/4> (Acesso em 25.Jul.2016).

12 Decreto n. 1172/2014, do Município de Curitiba. Disponível em: <http://www.setran.curitiba.pr.gov.br/uploads/arquivos/fc5d54bcf4b4b4642cd498e01ba-d542e13f96435.pdf> (Acesso em 08.Jun.2016).

13 A pesquisa foi coordenada pela Dra. LAIS LATCHACOVSKI (Promotora de Justiça da 3ª Promotoria de Defesa da Criança e do Adolescente - Direitos Difusos e Coletivos, em Curitiba-PR), com apoio da Prof. Dra. ALESSANDRA BIANCHI (UFPR) e do Promotor de Justiça CÁSSIO HONORATO (MPPR). Os resultados foram expostos e debatidos durante o Seminário “Trânsito Seguro nas Escolas: workshop para promover a implantação da ‘Operação Escola’ e reduzir a velocidade nas proximidades das instituições de ensino (públicas e privadas)”, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPPR, em parceria com a Universidade Federal do Paraná e com a Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba, em 16.Set.2016.

14 A Organização Mundial da Saúde (OMS – órgão responsável por coordenar as questões de segurança viária no sistema das Nações Unidas) identificou a *velocidade* como um dos mais graves *fatores de risco à segurança viária* e recomenda seja fixado o limite máximo de 30 km/h nas vias em que há a possibilidade de conflito entre veículos e participantes vulneráveis (ou desprotegidos). A necessidade de reduzir a velocidade para 30 km/h nos locais em que “o trânsito motorizado mistura-se com pedestres” também mereceu destaque no Relatório Mundial sobre a Situação da Segurança Viária, divulgado pela OMS em 2015. Nesse sentido, vale conferir WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global status report on road safety 2015*. Geneva (Switzerland): WHO, 2015. p. 21. Disponível em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/ (Acesso em 19.Out.2015).



15

Nas escolas públicas, após a realização de levantamento de campo, revelou-se um quadro muito distinto, em que se destacam (negativamente!) a ausência de sinalização adequada, o emprego de cones como barreira para que os condutores não estacionem os veículos sobre o passeio (junto ao acesso à escola), e a ausência de *monitores*. O resultado: desorganização do trânsito gerando risco à segurança das crianças.

Nas imagens abaixo colecionadas, percebe-se que veículos de transporte escolar promovem o embarque (ou desembarque) dos alunos pela contramão de direção, afastados das guias, ou em fila dupla; e que alguns pais permitem que seus filhos embarquem pelo lado esquerdo do veículo, deixando-os expostos em relação aos veículos que transitam pela via pública.



16

Em relação à sinalização de trânsito, merecem destaque a suposta placa de “Proibido Estacionar” afixada no portão de acesso à Escola Municipal Enéas Marques dos Santos, que (segundo informações obtidas no local) foi feita e doada pelo pai de um dos alunos; e a placa de advertência A-33b (“Passagem Sinalizada de Escolares”) que, segundo o Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume II – Sinalização Vertical de Advertência (aprovado pela Resolução n. 243/2007, do CONTRAN), deveria ser utilizada “quando a faixa de travessia de pedestre [...] for de difícil percepção pelo condutor ou possa comprometer a segurança dos usuários da via”. As imagens revelam que não há faixa de pedestres na Rua Osmário de Lima, onde se encontra a escola municipal acima nominada.



17

15 Imagens pessoais captadas na Rua Fioravante Dalla Stella, n. 90, Bairro Cristo Rei, em Curitiba-PR, no dia 09.Ago.2016.

16 Imagens pessoais captadas (a primeira) na Rua Ivo Leão. Alto da Glória, Curitiba-PR, em 16.Ago.2016, e (as demais) na Rua Osmário de Lima, n. 100. Capão da Imbuia, Curitiba-PR, em 11.Ago.2016.

17 Imagens pessoais captadas na Rua Osmário de Lima, n. 100. Capão da Imbuia, Curitiba-PR, em 11.Ago.2016.

A *Operação Escola* constitui iniciativa louvável da Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba que também precisa ser aplicada em favor das crianças e adolescentes que frequentam as instituições públicas de ensino. A omissão do Município em relação à segurança viária no entorno das instituições públicas de ensino constitui grave violação ao direito à igualdade de condições de acesso e permanência nas escolas (acima mencionado), com evidente risco à integridade física dos discentes.

Daí a necessidade de implantar a *Operação Escola* em todas as instituições de ensino (públicas e privadas), no Município de Curitiba; bem como, incentivar a criação de programas semelhantes nos demais municípios.

O Monitor de Trânsito constitui o cerne de toda a execução da *Operação Escola*; cabendo-lhe (i) promover ações educativas com os corpos discente e docente das instituições de ensino; (ii) posicionar a sinalização, por meio de cones e placas, nos horários de entrada e de saída dos discentes, conforme modalidade prevista na Autorização; (iii) verificar as condições de segurança da via e a adequação da sinalização viária; (iv) orientar a travessia de pedestres com segurança e o respeito à faixa de segurança; (v) orientar os condutores de veículos para que não estacionem ao lado de outro veículo em fila dupla, ou em local não permitido; bem como, orientar os pais ou responsáveis, para que o embarque e o desembarque das crianças e dos adolescentes ocorra sempre pelo lado da calçada; e (vi) acionar os agentes municipais de trânsito, em casos de desrespeito à legislação de trânsito e/ou às orientações transmitidas pelo Monitor.

Observa-se que o projeto elaborado pela SETRAN prevê que o Monitor nas escolas da rede municipal de ensino é o Guarda Municipal; e nas escolas estaduais, a função será exercida pela Polícia Militar. O Decreto Municipal n. 1.172/2014, no entanto, limitou o projeto da SETRAN; tornando facultativa a participação da Guarda Municipal e não previu a fiscalização pelos Agentes Municipais de Trânsito.

O resultado dessa omissão pode ser visto nas imagens captadas nos locais de entrada e saída de alunos das instituições públicas de ensino: *caos total*, em que se destacam (negativamente!) veículos estacionados na contramão de direção; outros em fila dupla; ausência de sinalização adequada e de faixas de segurança para pedestres; bem como, pais realizando embarque de seus filhos pelo lado voltado para a faixa de rolamento. Consta, aliás, do parágrafo único do art. 49 do CTB que “O embarque e o desembarque (de passageiros) devem ocorrer sempre do lado da calçada, exceto para o condutor”.

Até mesmo os *projetos específicos de engenharia* perderão eficácia se não houver monitores e fiscais de trânsito para organizar os locais de entrada e saída dos alunos; para exigir a observância das regras de segurança, e para prevenir a realização de infrações de trânsito.



18

Essas imagens, por exemplo, destacam um bom *projeto específico de engenharia*, em que foi criado um *refúgio* para embarque e desembarque dos alunos, próximo ao portão de acesso à Escola Municipal Batel. O *refúgio*, porém, precisa ser complementado com o emprego de cones, sinalização adequada e a presença do *monitor* para garantir a travessia segura na faixa de pedestres e inibir a prática de infrações graves e gravíssimas,¹⁹ que colocam em risco a segurança de todos os participantes do fenômeno trânsito.

Nesse sentido, aliás, o art. 5, inc. XVIII, da LC n. 13.022/2014, atribui expressamente às Guardas Municipais o dever de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local”.

18 Imagens pessoais captadas na Rua Des. Motta, n. 2082. Bairro Batel, Curitiba-PR, em 25.Ago.2016.

19 CTB. “Art. 181. Estacionar o veículo: [...] VIII - no passeio ou sobre faixa destinada a pedestre, sobre ciclovia ou ciclofaixa, bem como nas ilhas, refúgios, ao lado ou sobre canteiros centrais, divisores de pista de rolamento, marcas de canalização, gramados ou jardim público: Infração – grave. Penalidade – multa.” CTB. “Art. 193. Transitar com o veículo em calçadas, passeios, passarelas, ciclovias, ciclofaixas, ilhas, refúgios, ajardinamentos, canteiros centrais e divisores de pista de rolamento, acostamentos, marcas de canalização, gramados e jardins públicos: Infração – gravíssima. Penalidade – multa (três vezes)”.

Segurança Viária é dever de todos os entes da Federação. Por isso, os Municípios devem adotar programas de segurança no entorno das escolas, a exemplo do projeto idealizado pela SETRAN (em Curitiba), e tornar obrigatória a participação das Guardas Municipais e dos Agentes Municipais de Trânsito, durante a realização da *Operação Escola*, de modo que todas as escolas municipais possam contar com a presença física e constante de monitores, organizando e promovendo ações para aumentar a segurança das crianças e dos adolescentes nas vias de acesso às instituições de ensino.

O mesmo pode ser dito em relação aos Estados, que deverão manter Policiais Militares exercendo a função de monitor de trânsito junto às instituições estaduais de ensino.

Importante destacar que a função de *monitor*, a ser desempenhada pelas Guardas Municipais junto às instituições de ensino, não é novidade e já se encontra prevista junto às *competências específicas* descritas no art. 5º, inc. III, VI e XVIII, da Lei Complementar n. 13.022/2014 (previamente transcrita).

Como se percebe, a implantação de monitores junto às escolas municipais não exige introdução ou alteração legislativa, e sim cumprimento de norma complementar à Constituição da República de 1988, que atribuiu às Guardas Municipais *competências específicas* diretamente relacionadas ao Trânsito Seguro nas Escolas e no entorno das instituições de ensino. O exercício dessa função, portanto, constitui dever funcional cogente e indispensável à garantia do direito à Educação e à Segurança Viária das crianças e dos adolescentes.

Para corrigir essa omissão dos municípios e assegurar que as funções previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014 sejam, de fato, cumpridas em favor da segurança dos alunos no entorno das escolas, faz-se necessária a intervenção do Ministério Público.

CONCLUSÃO:

TRÂNSITO é coisa muito séria. Constitui *epidemia* em nível mundial que causa a morte de mais de 1,2 milhão de pessoas por ano. Quanto é isso? Muito...pouco?

Quando se ouve que “X” pessoas morreram em um único final de semana prolongado, é muito ou pouco?

Esse número só faz *sentido* quando a pessoa *sente* na carne ou no sangue da família esse fardo. E no fenômeno trânsito isso ocorre com ricos e pobres, plebeus e nobres.

Daí a necessidade de resgatar o discurso proferido por ZOLEKA MANDELA (neta de Nelson Mandela), cuja filha de 13 anos de idade morreu atropelada (por um veículo conduzido por pessoa sob influência de álcool) às vésperas da abertura da Copa do Mundo na África do Sul, em 10 de Junho de 2010.²⁰ A mensagem dessa jovem, que aprendeu pela dor os riscos do Trânsito, é simples: *NO EXCUSES!*²¹

É exatamente isso que peço a todos os membros do Ministério Público no Brasil: SEM MAIS DESCULPAS!

A) Chega do “Discurso do Infrator”, que mata e mutila terceiros no trânsito e, depois, chega às portas do Judiciário ou à Audiência Preliminar no Juizado Especial Criminal fazendo-se de vítima. *NO EXCUSE!*

B) Chega de desculpas em relação ao estado das vias e dos passeios. Se não bastassem os impostos (IPI, ICMS, IPVA), seguro obrigatório, cartões de estacionamento e pedágios, ainda enfrentamos vias terrestres em péssimo estado de conservação. SEM MAIS DESCULPAS!

C) Chega de desculpas em relação à qualidade dos sistemas de retenção para crianças produzidos no Brasil.²² São equipamentos caros e precisam oferecer o mesmo grau de segurança exigido nos Países do Primeiro Mundo. *NO EXCUSE!*

D) Chega de desculpas em relação aos limites de velocidade nas proximidades das escolas. Não é necessária uma nova lei ou decreto, basta o estudo técnico de engenharia, o ato administrativo (ex.: Portaria), a implantação concreta da sinalização e de radares. Como sustenta o Comandante JULYVER MODESTO DE ARAÚJO (Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo): “A Multa também Educa!” E, ... de minha parte, SEM MAIS DESCULPAS!

20 Informação disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2010/jun/11/nelson-mandela-great-granddaughter-killed> (Acesso em 25.Jul.2016).

21 MANDELA, Zoleka. Discurso de abertura da *Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito: Tempo de Resultados*, realizada em Brasília, nos dias 18-19 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.fiafoundation.org/blog/2015/november/zoleka-mandela-opens-brasil-conference> (Acesso em 25.Jul.2016).

22 Em relação ao tema, vale conferir os resultados “NÃO CONFORME” constantes do *Relatório sobre Análise em Cadeiras Infantis para Automóveis*, emitido pelo INMETRO em dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/cadeirainfantil.pdf> (Acesso em 08.Fev.2017). O questionamento sobre a eficácia dos sistemas de retenção para criança vendidos no Brasil encontra-se em HONORATO, Cássio M. *Segurança Viária sob influência da Curva de Kuznets*. RT 979, ano 106, p. 307-347, Maio 2017.

E) Chega de desculpas em relação às dificuldades para implantar a *Operação Escola*. Segurança nas Escolas não é atividade facultativa. Segurança no trânsito é dever do Estado (art. 6º e 144, CR/88), responsabilidade de todos e função específica das Guardas Municipais (art. 5, inc. III, VI e XVIII, da LC 13.022/14). Então, *NO EXCUSE!*

Dever do Estado, e aqui o Estado é com letra maiúscula, logo é dever que se impõe a todas as esferas da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Por isso, cabe aos Municípios disciplinarem a utilização da via, permitir ou não a instalação de instituições de ensino em determinados locais e exigir, sob pena de revogação das licenças de instalação e de operação, a realização plena da *Operação Escola* em todas as instituições de ensino. SEM MAIS DESCULPAS!

F) Chega de desculpas quanto à falta de efetivo das Guardas Municipais e da Polícia Militar, para realizarem a *Operação Escola* nas instituições públicas de ensino. A Lei Complementar n. 13.022/2014 atribuiu *competências específicas* às Guardas Municipais diretamente relacionadas à segurança escolar. Assim, a Segurança Viária no entorno das instituições públicas de ensino constitui dever prioritário das Guardas Municipais. Por isso, o Decreto Municipal n. n. 1172/2014 (de Curitiba) deve ser ampliado, de modo a acolher na íntegra o projeto da Secretaria Municipal de Trânsito e prever que a *Operação Escola*, nas instituições públicas municipais, será realizada com a presença de Guardas Municipais (na função de *monitores de trânsito*); e nas instituições estaduais, por Policiais Militares. Logo, *NO EXCUSE!*

G) Cabe também ao Ministério Público, como instituição vocacionada à defesa dos direitos sociais e coletivos, hoje em destaque os Direitos à Educação e à Segurança das crianças e adolescentes que participam do fenômeno trânsito, reconhecer e assumir seu papel de catalisador do Esforço Legal para a realização do Trânsito Seguro (conhecido como *Enforcement*),²³ promovendo e fomentando ações visando assegurar os múltiplos direitos inerentes aos seres humanos que são colocados em risco durante a utilização das vias terrestres do território nacional. Tudo isso ... SEM MAIS DESCULPAS!

Diante do exposto, em defesa da vida e da integridade física das crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, o Ministério Público deve recomendar, fomentar e promover ações para que as Guardas Municipais cumpram as *competências específicas* previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014; em especial as atribuições previstas no artigo 5º, incisos III, VI e XVIII, que lhes confere o dever funcional de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno” das unidades de ensino municipal; de modo a garantir, com absoluta prioridade (art. 227, da CR/88), segurança viária e prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 70, da Lei n. 8.069/90).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. INMETRO. *Relatório sobre Análise em Cadeiras Infantis para Automóvel*. Dez. 2014. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/cadeirainfantil.pdf> (Acesso em 08.Fev.2017).

BRASIL. STF. RE 658.570/MG. Rel. Min Marco Aurélio. Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso. Julg. 06.08.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497> (Acesso em 06.Mar.2017).

HONORATO, Cássio M. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas (SP): Millennium, 2009. 259 p.

HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 107-169, Set. 2011.

HONORATO, Cássio M. *O Ministério Público como agente de Enforcement e a garantia do direito fundamental ao Trânsito Seguro*. Anais do XIX Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102. (Tese defendida e aprovada por unanimidade durante o Encontro Estado do Ministério Público do Paraná, em 29.Out.2011, bem como no XIX Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Belém (do Pará), no período de 23 a 26 Nov. 2011.)

HONORATO, Cássio M. *Segurança Viária sob influência da Curva de Kuznets*. RT 979, ano 106, p. 307-347, Maio 2017.

MANDELA, Zoleka. Discurso de abertura da Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito: Tempo de Resultados, realizada em Brasília, nos dias 18-19 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.fiafoundation.org/blog/2015/november/zoleka-mandela-opens-brasil-ia-conference> (Acesso em 25.Jul.2016).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2016. 970 p.

²³ HONORATO, Cássio M. *O Ministério Público como agente de Enforcement e a garantia do direito fundamental ao Trânsito Seguro*. Anais do XIX Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. 958 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 229-242, Curitiba, 1998.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global status report on road safety 2015*. Geneva (Switzerland): WHO, 2015. 323 p. Disponível em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/

Acesso em 19.Out.2015).

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

CIRO EXPEDITO SCHERAIBER²

CRISTINA CORSO RUARO³

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Da pessoa jurídica. A personalização; 3. Da desconsideração e do caráter relativo da personalidade jurídica; 4. Origem e denominação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica; 5. Previsão legal. 6. O instituto da “disregard doctrine” no Código de Defesa do Consumidor. 7. Princípios regentes. 7.1. Efetiva prevenção e reparação do dano. 7.2. Solidariedade. 8. A personalidade jurídica como obstáculo “de alguma forma” ao ressarcimento dos consumidores (§ 5º do artigo 28, do CDC). 9. A desconsideração da personalidade jurídica como processo incidental no novo Código de Processo Civil. 10. Conclusões. 11. Referências bibliográficas.

¹ **APROVADA POR UNANIMIDADE**

² Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor. Integrante do 1º Grupo Cível de Procuradorias do MPPR. Graduado pela PUC/PR em Direito. Especialista em Direito Processual Civil (FESP/IBEJ) e em Ciências Penais (UFPR).

³ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, com atuação no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor. Graduada pela Universidade de Caxias do Sul/RS (UCS/RS). Coordenadora do Projeto Semear – Enfrentamento ao Alcool, Crack e outras Drogas do Ministério Público do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor prevê situações diferenciadas da *disregard doctrine* em relação ao Código Civil de 2002, e mesmo em relação aos requisitos tradicionais do instituto, quase secularmente adotado como instrumento assegurador de direito. A pessoa jurídica como técnica criativa visa, com a reunião de bens de capital, economicamente organizados, o alcance do bem-estar social, escoimando de fraudes ou abusos a realização dos direitos dos consumidores, por intermédio da constrição dos bens particulares dos sócios da sociedade constituída.

Com a abordagem da desconsideração da personalidade jurídica propõe-se revisitar o tema, mais com o objetivo de tratar os novos enfoques nos recentes institutos jurídicos de natureza civil e processual civil, ante a necessidade de ênfase dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor. A solidariedade e a efetiva reparação do dano ao consumidor perpassam pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando diminuir o abismo econômico e social entre fornecedor e consumidor, fator que sinaliza a vulnerabilidade deste, na normatização tutelar específica.

Efeito, portanto, prático, e que levou a positivação tanto no direito material como processual, da teoria, é o de facilitar a tutela do consumidor para que obtenha por intermédio de um melhor desentranhamento processual o bem almejado, rompendo com barreiras processuais e econômicas com fundo na desigualdade. E com isso, assegurar-se o consumidor daquilo que é objetivo da harmonização da política nacional das relações de consumo, com a sua proteção, inserido este no contexto do desenvolvimento econômico assinalado pelos princípios da ordem econômica.

2. DA PESSOA JURÍDICA. A PERSONALIZAÇÃO.

A pessoa jurídica como ente corporativo material ou fictício, foi concebido para facilitar a realização de objetivos sociais e econômicos, sob a proteção do direito.

Para serem atendidas determinadas necessidades da sociedade, com maior segurança e eficácia, é que se deu autonomia ao conjunto de ideias, objetivos e patrimônios, ao que se chama de “universalidades”. A essas universalidades se atribuiu personalidade jurídica, atributo que as transforma em sujeito de direitos e obrigações. Além do que, alguns objetivos maiores, de forma individual os membros de uma sociedade não lograriam alcançar.

Acerca dos reais e experimentados êxitos na personificação da universalidade de bens e interesses organizacionais, importante o diagnóstico de Tomazette,⁴ que assim se expressa: “A fim de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas, e consequentemente aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, era necessário solucionar os problemas mencionados, encontrando uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. Para tanto, se encaixou perfeitamente a instituição pessoa jurídica, ou mais exatamente, a criação de sociedades personificadas”.

O jurista Orlando Gomes ensina que se recorreu a uma técnica de agrupamento, com objetivos distintos das pessoas físicas que a integram, para a realização de fins comuns⁵.

Já na lição de Adriana Carrera Calvo “a atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva, ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito - que seria afastado, caso a atividade fosse realizada individualmente - a quem adotar a conduta desejada. Esse benefício é dominado por alguns princípios fundamentais, que foram se firmando com o tempo, dentre os quais ressalta a doutrina moderna: a) não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas pela sociedade; b) distinção entre patrimônio da sociedade e patrimônio dos sócios - ‘quod debet universitas non debet singuli’; c) vida própria e distinta da de seus membros”⁶.

A pessoa jurídica, assim constituída, é instrumento da realização das atividades a que se propõe de forma autônoma e personalíssima. A ordem jurídica buscou, portanto, separar o patrimônio desse ente jurídico daquele próprio da pessoa física, ou mesmo jurídica, que a idealizou e a criou, de modo a se resguardar dos riscos pessoais da atividade desenvolvida.

4 TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, in RT 794, p. 77, Dezembro de 2001.

5 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 162.

6 CALVO, Adriana Carrera. *Desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6448/desconsideracao-da-pessoa-juridica-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 05 de abril 2017.

3. DA DESCONSIDERAÇÃO E DO CARÁTER RELATIVO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A autonomia da pessoa jurídica, considerada absoluta, em princípio, não alcançou os propósitos sociais almejados de forma irreprochável, por se tornar, por vezes ineficaz e até nociva aos interesses altruísticos da formação da personalidade jurídica, porque objeto de abusos e fraudes, servindo como véu ou anteparo para a prática de atos outros desvirtuados de seus objetivos.

A fim de prevenir a ameaça aos interesses ou de reparar danos causados pela pessoa jurídica, quando não seja ela própria suficiente a tanto, socorre a teoria da desconsideração da personalidade dessa pessoa jurídica. Serve para proporcionar que a responsabilização recaia sobre o patrimônio dos integrantes ou sócios que a integram.

A chamada teoria da “desconsideração” ou da “penetração” ao véu da personalidade jurídica, constitui técnica ou meio direcionado a controlar o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica.

Rubens Requião,⁷ sempre lembrado como desbravador dos caminhos da teoria no Brasil, assim se manifesta: “Ora, a doutrina da desconsideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens. Apresenta-se, por conseguinte, a concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo, e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquiridora em seu âmago”.

Essa relatividade da personalidade jurídica da sociedade é, de fato, apropriada, vez que o seu uso fraudulento ou abusivo poderia ser empecilho ao alcance da reparação dos danos que viesse a causar a terceiros e até a seus próprios integrantes.

4. ORIGEM E DENOMINAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Atribui-se ao alemão Rudolf Serick ser um dos primeiros a dar atenção sistemática ao estudo do tema. Mas, há igualmente nos EUA por Maurice Wormser, e na Itália por Pedro Verrucoli, referências de inaugurarem o contato com a desconsideração.⁸

A Desconsideração da Personalidade Jurídica conhecida como “Disregard doctrine” ou “disregard of the legal entity”, é tida como própria do *Common Law*, cujo *leading case* é o “Salomon x Salomon Co., da Inglaterra de 1897.”⁹

Quanto à denominação, correto é tratar de “desconsideração” em vez de despersonalização, porque o objetivo dela, originário da jurisprudência anglo-saxônica, não é destruir, desconstituir, anular a pessoa jurídica, mas apenas efetivar a finalidade específica que o caso requer, qual seja, desconsiderar a sua personalidade, mantendo-a íntegra.

5. PREVISÃO LEGAL

O Código Civil Brasileiro de 1916 estipulava de forma expressa que a pessoa jurídica tinha existência distinta da dos seus membros, no artigo 20. Vislumbrava o comprometimento patrimonial da pessoa jurídica independente dos bens particulares dos sócios, por atos danosos decorrentes de sua atividade. Os sócios não responderiam com os seus bens particulares, porque a pessoa jurídica a qual integravam tinha existência própria.

A *disregard doctrine* recebeu impulso da Lei 8.078/90¹⁰. O Código de Defesa do Consumidor fez alertar acerca da sua importância como instrumento eficaz para a finalidade da defesa do consumidor, normatizando a desconsideração pela primeira vez (artigo 28). Assim, outros instrumentos jurídicos, a partir da Lei 8078/90, tiveram inspiração para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Já o Código Civil de 2002 não recebeu correspondente expresso ao artigo 20 do Código Civil antigo. No entanto, a Desconsideração da Personalidade Jurídica agora está prevista no artigo 50, levando ao entendimento de que os bens particulares

7 REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, in RT 803, setembro de 2002. Extraído de <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/delivery/document>, com acesso em 05.04.2017.

8 REQUIÃO, Rubens. *Idem. Historia o autor os esponenciais juristas que iniciaram a teoria fora do Brasil*, destacando Rolf Serick, Piero Verrocoli e Wormser.

9 TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil*, p.80.

10 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 103.

dos sócios são independentes, mas que não são absolutamente intocáveis, de forma a admitir que o Juiz poderá decidir que os efeitos de determinadas obrigações atinjam os bens dos administradores e dos seus sócios.

A lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência, tal qual a anterior revogada, a Lei 8884/94, também prevê o instituto como estratégia de eficácia de sanções administrativas junto ao CADE. O ensinamento de Petter¹¹ é nesse sentido mesmo: “Esta desconsideração da personalidade jurídica e atribuição de responsabilidade também ao dirigente responsável prevista no artigo 34 deverá, por óbvio, ser estabelecida no âmbito do processo administrativo (Superintendência-Geral), com observância do contraditório e da ampla defesa. Somente depois se poderá falar em imputação de penalidades (CADE), restando ao prejudicado, em caso de discordância, recorrer ao Poder Judiciário. Acaso não fosse possível a desconsideração da personalidade jurídica, correr-se-ia o risco de tornar ineficaz qualquer sanção imposta à pessoa jurídica.”

Na mesma linha do CDC, a lei n. 9605/98, referente às sanções por danos ao meio ambiente, em seu artigo 4º concretizou a desconsideração, em redação similar ao parágrafo 5º do artigo 28 do CDC, ou seja, nos moldes da teoria menor. Sabe-se que há situações em que não se trata de desconsideração, mas de responsabilização direta dos sócios, como, por exemplo, alguns casos sob a égide do direito tributário e da Lei das Sociedades Anônimas (lei n. 6.404/1976), conforme diz Garcia¹².

Em decorrência da adoção do entendimento de que a sociedade tem personalidade distinta de seus membros, é que por muito tempo vedou-se a constrição judicial sobre bens dos sócios para pagamento de dívidas contraídas pela sociedade, salvo raríssimas exceções expressamente previstas legalmente.¹³

6. O INSTITUTO DA “DISREGARD DOCTRINE” NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No Código Civil de 1916 a desconsideração da personalidade jurídica era ausente, no Código de Defesa do Consumidor, o instituto foi previsto no artigo 28 e parágrafos¹⁴.

O Código de Defesa do Consumidor com característica marcadamente social e de tutela coletiva, atendendo modernas tendências dos anseios de proteção da coletividade, materializou a desconsideração no corpo legislativo nacional, antes observado como referência doutrinária e jurisprudencial.

7. PRINCÍPIOS REGENTES

Aplicam-se os princípios basilares do sistema de defesa do consumidor à desconsideração da personalidade jurídica. Extraem-se os seguintes princípios básicos e pertinentes ao instituto regulado no CDC:

7.1. Efetiva prevenção e reparação do dano

Primeiramente, a finalidade da teoria em comento inserida no código consumerista foi o de incrementar a tutela da parte vulnerável, ante os princípios desse ramo do direito, dentre os quais o da efetiva prevenção e reparação do dano ao consumidor.

As causas motivadoras da decretação da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor de produtos ou serviços objetivam proporcionar ao consumidor o acesso efetivo à satisfação patrimonial do dano sofrido, ou de sua prevenção, na previsão do artigo 6º, inciso VI. Significa que a reparação seja completa, na medida econômica e qualitativa de sua expectativa.

Critica Domingos Afonso Kriger Filho que dentre as causas elencadas no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, só o excesso de poder efetivamente se coaduna com a desconsideração, na sua essência, enquanto que as demais não ensejariam a desconsideração da personalidade, porque motivariam desde logo a responsabilização dos sócios¹⁵.

11 PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 7ª. Edição, Porto Alegre, Verbo Jurídico Editora, p. 313.

12 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. Juspodvium, Salvador, 2015, p. 269.

13 Por exemplo, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, previstas no Decreto 3708/19.

14 “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado); § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades **controladas**, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código; § 3º As sociedades **consorciadas** são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código; § 4º As sociedades **coligadas** só responderão por culpa; § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

15 KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor*”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, jan.-mar. 1995, p. 85.

Não procede a crítica no que se refere aos objetivos do direito do consumidor, pois este finca-se na vulnerabilidade, pois a legislação protetora do consumo se aplica indiferentemente, pela característica da sua especialidade, para além do que venha a prever outros sistemas, no que se refere à responsabilidade dos sócios ou, como diz Cláudia Lima Marques, mantém com o Código de Defesa do Consumidor um diálogo das fontes, na modalidade de “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade”¹⁶.

7.2. Solidariedade

O princípio da solidariedade na medida em que induz a que todos os participantes da entidade desconsiderada respondam pelos danos causados aos consumidores. Como o sistema das relações de consumo é composto de normas de ordem pública e interesse social, independe da natureza da pessoa jurídica, seja ela de responsabilidade limitada ou por ações, porque pluripessoais.

A solidariedade passiva é eficaz para reduzir o leque de frustrações à satisfação ao direito de ressarcimento do consumidor lesado, na medida em que o montante patrimonial dos sócios acuda ao credor de forma efetiva. A solidariedade traz como característica marcante, para Nery Junior, “segundo o sistema brasileiro, representado pela norma ora comentada, a *unidade* da prestação. Há pluralidade de relações subjetivas, mas unidade objetiva da prestação”¹⁷. Isto em vista de que o artigo 264 do Código Civil estabelece que na obrigação solidária concorre mais de um credor ou mais de um devedor, mas cada qual responsável pela dívida toda.

Com isso, tanto a empresa (pessoa jurídica) quanto os seus sócios, são responsáveis solidários à dívida perante o consumidor, em processo de desconsideração da personalidade jurídica, à exceção, evidentemente, da sociedade individual¹⁸.

Diferentemente se dá nas relações tributárias, em que pode não haver desconsideração da personalidade jurídica, mas propriamente responsabilização direta dos integrantes da sociedade, cujos atos são capazes de afetar os bens particulares dos sócios.

Quando a pessoa jurídica integra grupos societários, ou sociedades controladas, consorciadas ou coligadas, expressamente prevêem os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 28 do CDC a extensão de sua responsabilização, sendo certo que as sociedades agrupadas também são chamadas a responder pelas obrigações umas das outras, quer sejam subsidiariamente, quer solidariamente.¹⁹

As sociedades integrantes de grupos societários respondem subsidiariamente pelas obrigações do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelece o § 2º do artigo 28 da legislação consumerista. É subsidiária, porque pressupõe o exaurimento do patrimônio da sociedade principal para, ao depois, acorrer o patrimônio da outra integrante. Pelo mesmo parágrafo supracitado, as controladas também são subsidiariamente responsáveis pelas mesmas obrigações, em relação à controladora.²⁰

Como o Código de Defesa do Consumidor não expressa a responsabilização por subsidiariedade das obrigações da controlada pela “controladora”, no dizer de Fábio Ulhoa Coelho, essa responsabilização só ocorrerá pela situação de grupo ou de desconsideração da personalidade jurídica²¹.

Por sua vez, o § 3º do artigo 28 do CDC estabelece a solidariedade das empresas consorciadas pelas obrigações do Código. A solidariedade, diferentemente da subsidiariedade, significa o compartilhamento parcial ou total da obrigação, em relação aos direitos do consumidor.

O § 1º do artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas refere que não há personalidade jurídica do consórcio, implicando na responsabilização individualizada por suas obrigações, e que não há presunção da solidariedade. Nas relações sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor essa regra é revogada, pois o § 3º do artigo 28, do CDC de forma expressa determina que haja a solidariedade entre as consorciadas ante as obrigações para com o consumidor.

Não se admite, no direito civil tradicional, por expressa disposição legal, todavia, que a solidariedade ativa se presuma: ou resulta da lei, ou da convenção entre as partes.

16 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. 8ª ed., SP, RT, 2016, p. 1469.

17 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição., RT, SP, 2013, p. 530, Nota 4, ao artigo 264.

18 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 531, nota 6: “Firma individual. “Tratando-se de firma individual, não se cogita da distinção patrimonial entre a ‘sociedade’ e seu componente, tendo em vista ser o mesmo componente o próprio comerciante” (2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap 660069-0/3, rel. Juiz Marcos Martins, v. u., j.29.8.2001).

19 É o que previa o § 1º do artigo 28, do CDC mas que foi vetado, ao que parece por erro de remissão, já que se objetivava vetar o § 5º deste dispositivo. Foi, por isso, que se colocou no tópico da desconsideração da personalidade jurídica a extensão da responsabilização das sociedades, pois, em razão do § 1º, vetado, “a pedido da parte interessada o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram”.

20 As definições podem ser encontradas nos artigos 1.098, incisos I e II do Código Civil e 243, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas.

21 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 306/307.

Para Nelson Nery Jr²², a solidariedade será legal, se for *passiva*. Todavia, a solidariedade ativa só pode ser instituída por *convenção*.

Ao mesmo tempo em que admite de forma excepcional, portanto, a presunção da solidariedade, o efeito de tal preceituação é o de, por via indireta, proporcionar ao consumidor o alcance da sua dignidade, pelo efetivo acesso à justiça.

No § 4º do artigo 28, por sua vez, refere-se às sociedades coligadas, determinando que elas só respondem subjetivamente, ou seja, por culpa, pelas obrigações referentes ao Código de Defesa do Consumidor. Uma imediata ilação do dispositivo é o de que as demais sociedades antes analisadas, quer sejam controladas, controladoras ou consorciadas, têm responsabilidade objetiva ante o consumidor.²³

8. A PERSONALIDADE JURÍDICA COMO OBSTÁCULO “DE ALGUMA FORMA” AO RESSARCIMENTO DOS CONSUMIDORES (§ 5º DO ARTIGO 28, DO CDC).

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, na forma originalmente apresentada, ocorria ante a utilização da sociedade como instrumento de abuso de poder ou fraude. Com a evolução da sociedade econômica, industrial e comercial, os abusos recrudesceram e necessária se fez a adaptação dessa metodologia protecionista do lesado pelo uso indevido ou inadequado da pessoa jurídica, chamando à colação outras motivações.

Como visto, a legislação consumerista visa o aspecto social, pois o *caput* do artigo 28 arrolou situações diversas, além do abuso de poder e da fraude. O § 5º do artigo 28 da legislação consumerista, em previsão geral e de aplicação objetiva, com vistas à efetiva reparação ao consumidor, ante a sua especial condição de vulnerável no mercado, torna o consumidor passível de tutela, pela aplicação da teoria da desconsideração “também” quando a pessoa jurídica for, “de alguma forma” obstáculo à reparação do consumidor. É a aplicação da chamada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual, basta a evidência da insolvência da pessoa jurídica para efetuar a reparação (teoria objetiva da desconsideração), segundo enfatiza Cláudia Lima Marques, citando o voto da Ministra Fátima Nancy Andriighi (STJ, 3ª T., REsp 279.273/SP, j. de 04.12.2003), como exemplar lição²⁴. O Código Civil adotou tal posicionamento, de estabelecer a função social da norma, na rabeira do Código de Defesa do Consumidor.

A teoria maior da desconsideração se coaduna com o instituto na forma do artigo 50 do Código Civil, que prevê para sua caracterização, para além dos requisitos de insolvência, também o desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração).

Assim, além das situações previstas no artigo 28, *caput*, do CDC, qualquer outra que represente obstáculo a defesa do consumidor, é passível de desconsideração. Estando tais hipóteses previstas em lei, tratam-se de situações que a sociedade moderna exige que sejam erigidas a causas de desconsideração da personalidade jurídica. E a lei não traz previsões inúteis.

9. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO PROCEDIMENTO INCIDENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Como a desconsideração é de direito material, não havia a preocupação da regulação da forma processual e autônoma do seu exercício. Vinha sendo aplicada pelo judiciário empiricamente, em que comprovados pelo credor os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental, dispensava-se um processamento à parte.

Agora, nas palavras de Daniel Amorim²⁵: “Reconhecendo que o incidente criado se limita a tratar do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, o § 1º do art. 133 do Novo CPC prevê que a desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos estabelecidos em lei. A opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.”

22 NERY JUNIOR, Nélon. *Código civil anotado e legislação extravagante*: atualizado até 2 de maio de 2003 / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery – 10ª ed rev e ampl. SP, RT, 2013, p. 581.

23 Subentendem-se coligadas as sociedades que detêm dez por cento ou mais das ações da outra, sem contudo exercer controle sobre ela, conforme se tira do artigo 1.099 do Código Civil, redação similar à do § 1º do artigo 243 da Lei das Sociedades Anônimas.

24 MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: 5ª Edição. Editora: RT, 2006, p. 1250-1253. Trata-se do célebre caso da explosão do shopping Osasco, em São Paulo, oportunidade em que a relatoria do processo, equiparando todas as vítimas como consumidoras, aplicou a regra do § 5º, do artigo 28, a casos que refogem das situações clássicas de fraude e abuso, para abarcar situações outras que “de alguma forma” obstáculo a que seja o consumidor ressarcido.

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., RJ, Forente; SP, Método, 2015, p. 142.

No entanto, não é absoluta a exigência do incidente, apesar do artigo 795, § 4º, do NCPC. É possível sua dispensa, nos casos de pedido na própria petição inicial (§ 2º, do art. 134, do NCPC). Estabeleceu-se o contraditório como obrigatório (art. 135, do NCPC), seja tradicional ou diferido. Neste caso, pode o juiz, verificando os pressupostos da tutela de urgência, deferir a antecipação dos efeitos da desconsideração. Neste caso, o contraditório não será desobedecido, conforme diz o artigo 10 do NCPC, porque será realizado posteriormente ou, como se afirmou, diferido.

Além da desconsideração clássica, novas modalidades têm sido admitidas, tais as das empresas do mesmo grupo econômico e, também, a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa.

A desconsideração inversa, prevista no § 2º do artigo 133, do NPCP, dá-se quando o sócio entrega em quotas ou ações todo o seu patrimônio para integrar a empresa, frustrando eventuais cobranças de obrigações assumidas fora das relações da sociedade da qual é sócio.²⁶

Com a possibilidade do sócio utilizar a sociedade empresária para encobrir situações de responsabilidade por seus próprios bens particulares, com o fim de “esvaziar” o seu patrimônio pessoal, de modo a ocultá-lo de terceiros (vide REsp 948117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 03/08/2010) é que se admite a desconsideração inversa.

O momento da proposição da desconsideração, segundo dispõe o artigo 134 “*caput*”, do NCPC, se dá em qualquer fase do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial. E está legitimado para a proposição as partes, ou o Ministério Público quando couber intervir no processo.

Prevalece, a nosso ver, o entendimento de que, na forma do artigo 28 do CDC, o juiz tem o dever de aplicar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que ocorrer uma das causas elencadas no *caput*, do NCPC, apesar da expressão “poderá” (art. 28 do CDC), devido à principiologia de proteção ao mais vulnerável, o consumidor²⁷. Luiz Edson Fachin, em comentário anterior ao NCPC, sustentava esse entendimento de que o juiz deve aplicar de ofício este instituto.²⁸ Além do que, continua essa possibilidade da aplicação *ex officio* pelo magistrado em se tratando de relação de consumo, pois à prerrogativa legal que tem o juiz, não se agrega nenhuma condição de estar submetida a requerimento ou pedido das partes. A quaisquer das causas motivadoras da desconsideração acresça-se a necessidade de acorrer o dano ou prejuízo ao consumidor. Veja-se que a expressão “em detrimento do consumidor” determina tal exigência.

Caso o julgador não aplique de ofício a desconsideração, na relação de consumo, o interessado poderá requerê-la na oportunidade do cumprimento da sentença ou da execução do título extrajudicial, em caráter incidental conforme os dispositivos do novo Código de Processo Civil.

A decisão tem caráter de interlocutória, com a prerrogativa do exercício da modalidade recursal do Agravo (*caput* do art. 136, do NCPC). Já em segundo grau de jurisdição, da decisão do relator caberá agravo interno (parágrafo único do art. 136, do NCPC).

Ao Ministério Público no processo civil coletivo caberá intervir no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando não for autor, como fiscal da lei (artigo 92 do CDC).

Considerando que as normas de tutela das relações de consumo são, como já enfatizado, de ordem pública e interesse social, e com fundamento na Constituição Federal, a intervenção do Ministério Público é necessária também no processo coletivo mesmo que seja outro legitimado o seu autor.

Nos feitos de interesse meramente individual, por ser de caráter patrimonial o interesse na desconsideração da personalidade jurídica, dispensa-se a intervenção do Ministério Público, a não ser nas situações em que, por força de lei, deva intervir (artigos 178 e 179)²⁹⁻³⁰.

26 PALHARES, Felipe. “A aplicação da Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. In Revista de Direito Contemporâneo, vol. 3/2015, p. 55-80, abr-jun/2015, assevera que: “a jurisprudência vêm adotando a desconsideração inversa como forma de sancionar o abuso da personalidade jurídica por parte dos sócios, que transferem seus bens pessoais para o patrimônio da sociedade, com a intenção de fraudar eventuais cobranças promovidas por seus credores pessoais”.

27 No mesmo sentido, vide MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Comentado*. 3ª ed. SP, RT, 2017, nota 4 ao artigo 133, p. 279.

28 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*. p. 103.

29 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, p. 149.

30 Segundo a Carta de Belo Horizonte, tirada a partir do **IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis**, entre 05 e 07 de dezembro de 2014, no Enunciado 123. (art. 133): “*É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178*”. (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros). Extraído de <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>, com acesso em 31/03/2017

10. CONCLUSÕES.

Para efeito de conclusões, extraem-se duas principais, consideradas importantes na atuação do Ministério Público:

- a) A desconsideração da personalidade jurídica pode ser iniciada e deferida *ex officio* quando se tratar de direito do consumidor, dado o princípio da vulnerabilidade do sistema, sabidamente de ordem pública e interesse social, em antecipação da tutela, cujo contraditório seja sempre exercido, mesmo que diferido;
- b) O Ministério Público no processo civil coletivo deve atuar no incidente de desconsideração da personalidade jurídica como fiscal da lei, caso não seja autor, somente cabendo sua dispensa nos processos patrimoniais e individualizados, que não exijam a obrigatoriedade de intervenção disposta no artigo 179 do NCPC.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor – aspectos processuais*, in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 7, p. 7-29, jul-set/93.
- CALVO, Adriana Carrera. *Desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6448/desconsideracao-da-pessoa-juridica-no-direito-do-trabalho>, com Acesso em 05 de abril 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2004.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8ª ed. atual. De acordo com o novo Código Civil, (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), SP, Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*; coord. José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Forense, Rio de Janeiro, 1992.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. Juspodvium, Salvador, 2015.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor*”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, jan.-mar. 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Comentado*. 3ª ed. SP, RT, 2017.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. 8ª ed., SP., RT, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., RJ, Forense; SP, Método, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição., RT, SP, 2013.
- PALHARES, Felipe. “*A aplicação da Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro*”. In *Revista de Direito Contemporâneo*, vol. 3/2015, p. 55-80, abr-jun/2015
- PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. 7ª. Edição, Porto Alegre, Verbo Jurídico Editora.
- REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, in RT 803/2002. Extraído de <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/delivery/document>, com acesso em 05.04.2017.
- TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, in RT 794/2001.

*A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
STF: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL,
SÚMULA VINCULANTE N. 13 E NEPOTISMO*¹

CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE*²
INÊS DA MATTA ANDREIUOLO**³

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 *Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

3 **Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

SÍNTESE DOGMÁTICA:

A Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal é a ferramenta constitucional cabível e adequada para impugnar a nomeação de parentes para quaisquer cargos públicos de livre nomeação, inclusive os de alto escalão, tais como secretarias e ministérios, considerando que a Súmula Vinculante n. 13 foi editada com o objetivo de reconhecer de forma expressa a prática de nepotismo, direta e cruzada, como ato de violação à Constituição, sobretudo, dos princípios da moralidade e impessoalidade inscritos no art. 37, *caput*.

Verificamos que a jurisprudência construída em torno da Súmula Vinculante n. 13, conquanto represente um avanço no combate ao nepotismo, merece ser reavaliada, de modo a incluir os casos de nepotismo direto também para cargos políticos. O direito dos políticos de nomear assessores diretos e de confiança tem limites nos postulados éticos que sustentam o edifício constitucional. As práticas da vida privada encontram fronteiras quando realocadas no universo da coisa comum. E a vedação à nomeação de parentes é um limite institucional aos interesses do gestor, que é a um só tempo ser humano e administrador público. Trata-se de norma moralizadora do espaço público. Norma esta que parte da sociedade e reflete o seu anseio por um governo com ética e retidão moral.

FUNDAMENTAÇÃO:

1. Da Legitimidade Ativa dos Ministérios Públicos Estaduais para o Ajuizamento de Reclamação Constitucional

A legitimidade dos ramos estaduais do *Parquet* implica, em última análise, em maior efetividade na fiscalização do cumprimento das súmulas vinculantes e em garantia constitucional de acesso à Justiça, ante a sua capilaridade institucional e proximidade com a realidade cotidiana das cidades, da comunidade e de seus cidadãos.

Este tema, como se sabe, foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação n. 7.358/SP (Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 03/06/2011). O acórdão em questão promoveu verdadeira virada jurisprudencial, a qual consolidou o entendimento atual e pacífico sobre a legitimidade ativa dos Ministérios Públicos estaduais para a proposição da Reclamação Constitucional. Vejamos, pois, o trecho em destaque da ementa do sobredito acórdão:

RECLAMAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INICIAL RATIFICADA PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 127 DA LEP POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL ESTADUAL. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 9. PROCEDÊNCIA. 1. Inicialmente, entendo que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente Reclamação perante esta Corte, já que ‘incumbe ao Procurador Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 46 da Lei Complementar 75/93’ (Rel 4453 MC-AgR-AgR/SE, de minha relatoria, DJe 059, 26.03.2009). 2. Entretanto, a ilegitimidade ativa foi corrigida pelo Procurador-Geral da República, que ratificou a petição inicial e assumiu a iniciativa da demanda. **3. Entendimento original da relatora foi superado, por maioria de votos, para reconhecer a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público Estadual para propor reclamação. (...)**” (Rel n° 7.358/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 3/6/11). (Grifou-se).

Posteriormente, o Ministro Dias Toffoli reiterou o posicionamento acima indigitado no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 14223/GO, em 16/12/2014, trazendo à baila o *leading case* do Estado de São Paulo, a saber, a Reclamação n. 7.358/SP.

2. Da Reclamação Constitucional n. 26.482

O presente trabalho foi realizado pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital do Rio de Janeiro em atuação conjunta com a Assessoria de Recursos Constitucionais Cíveis.

No dia 08/02/2017, o órgão com atribuição instaurou inquérito civil com o escopo de apurar suposta violação ao princípio da moralidade, previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/88, e da regra inscrita na S. V. n. 13 do STF, a qual veda a prática de

nepotismo pelos agentes públicos; bem como expediu Recomendação ao Prefeito Marcelo Crivella para que exonerasse, no prazo de 10 dias, seu filho do cargo de Secretário Chefe da Casa Civil do Município do Rio de Janeiro. Nessa esteira, o Prefeito foi notificado em 09/02/2017. Transcorrido o prazo *in albis* e presente a condição de procedibilidade de esgotamento das vias administrativas (Rcl. n. 22.286/SC - Rel. Ministro Luiz Fux, com j. em 16/02/16), o *Parquet* Fluminense ajuizou Reclamação, no dia 21/02/2017.

Após o ajuizamento da Reclamação n. 26.482, distribuída ao Ministro Marco Aurélio⁴, foi estabelecido contato a Assessoria de Recursos Constitucionais, a fim de montar uma estratégia de atuação perante o Supremo Tribunal Federal. Foi acordado que seriam elaborados memoriais para distribuição aos Ministros, como forma de apresentar a tese ministerial com a antecedência necessária para a exposição da questão. Foram realizados agendamentos com alguns dos Ministros, em especial com o relator, oportunidade em que o *Parquet* expôs a tese ministerial. O Relator reconheceu a necessidade de submeter o julgamento ao Plenário, tendo em 28/06/2017 requerido a inclusão em pauta à Presidente. No momento aguardamos a definição de data para julgamento, quando então se fará necessária nova rodada de agendamentos e inscrição dos membros do MPRJ para sustentação oral.

3. Histórico da Súmula Vinculante n. 13 do STF

A S. V. n. 13 tem origem em quatro precedentes: (i) a ADI 1.521/RS (Min. Rel. Marco Aurélio, julgado em 12/03/1997); (ii) o MS 23.780-5/MA (Min. Rel. Joaquim Barbosa, julgado em 28/09/2005); (iii) a ADC 12-6/DF (Min. Rel. Carlos Britto, julgado em 20/08/2008); e (iv) o RE 579.951-4/RN (Min. Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/08/2008). Quando do julgamento da RE 579.951-4/RN, os Min. Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia travaram o seguinte diálogo:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – [...] Estou apenas a imaginar, eminente Ministro Carlos Britto, sem querer discordar de Vossa Excelência, e até trazendo à baila uma situação muito comum nos pequenos municípios: o Prefeito coloca sua esposa como Secretária Municipal, coloca o filho em outra secretaria; coloca o sobrinho em outra. Como ficaríamos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – **Desgraçadamente acontece isso.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – E o que aconteceria? Isso seria lícito?

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Então, por isso é que eu preferi dizer, eminente Ministro, que cada caso concreto deverá ser avaliado à luz da proibição do nepotismo que emana do artigo 37, caput, um pouco na linha do que colocou a Ministra Cármen Lúcia. Eu fico com certo receio de assentarmos, com todas as letras, que, em se tratando de Secretário Municipal, que é um cargo político de livre nomeação, enfim, de confiança do prefeito, tal atitude seria lícita. Amanhã, se ele colocar a esposa em um cargo-chave⁵ de Secretária de Governo, isso seria lícito à luz da proibição do nepotismo, do princípio da moralidade? Isso acontece no cotidiano deste grande Brasil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – **Ministro Carlos Britto, essa liberdade não me parece absoluta. Ministro Ricardo Lewandowski, porque teria de haver limites, não é isso? Não existe liberdade absoluta em espaço algum, senão o governante poderia escolher apenas os seus familiares para todos os cargos. E por ser cargo político, isso seria permitido? De modo algum.**” (RE 579.951-4/RN, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, com julgamento em 20/08/2008). (Grifou-se).

Da reunião de tais precedentes nasce em 29/08/2008 a Súmula Vinculante n. 13:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal).

⁴ A Reclamação ajuizada pelo MPRJ foi distribuída por dependência à Reclamação 26.303, na qual foi proferida liminar para suspender a eficácia do Decreto que nomeou Marcelo Hodge Crivella para o cargo Secretário Chefe da Casa Civil.

Nos 08 anos que se seguiram, nos mais de 28 acórdãos e 195 decisões monocráticas que versaram sobre o presente tema, a Corte Constitucional foi aos poucos redirecionando a interpretação da mencionada súmula, afastando os casos de nomeação de parentes para cargos políticos da sua hipótese de incidência, com exceção de situações de (i) tráfico de influência; (ii) fraude à lei; e (iii) inaptidão do nomeado (V. Rcl 6.650/PR, Min. Rel. Ellen Gracie, j. em 16/10/2008; Rcl n. 7.590/PR, Min. Rel. Dias Toffoli, j. em 30/09/2014; RE 825682/SC, Min. Rel. Teori Zavaski, j. 10/02/2015; Rcl 22.286/SC, Min. Rel. Luiz Fux, j. 16/02/2016).

Com efeito, entendemos que após a edição da Súmula Vinculante n. 13, aos poucos a noção da imoralidade em si do ato de nepotismo, reconhecido como a nomeação para cargo público de pessoa da família, foi se transmudando para a noção de imoralidade do tráfico de influência ou da falta de aptidão técnica. O debate em torno da nomeação do parente – objeto imediato da Súmula Vinculante n. 13 – foi perdendo espaço para o debate sobre fraudes e suposto tráfico de influência, desviando-se, assim, da sua vocação original, a saber, a vedação à prática pura e simples de nepotismo.

Vale dizer, deparamo-nos com um verdadeiro paradoxo: o nepotismo cruzado tornou-se ato mais ofensivo à moralidade administrativa que o próprio nepotismo direto. Conquanto a redação da Súmula Vinculante tenha abarcado as duas categorias de nepotismo, a direta e a cruzada, a primeira, de natureza ostensiva foi lançada ao ostracismo jurisprudencial.

O diálogo travado entre os eminentes Ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandoski continuou em aberto: e nos casos em que o Prefeito nomeia para Secretarias chaves do governo filho e cônjuge? Parafraseando o ilustre Ministro Carlos Ayres Brito, isso continua desgraçadamente a acontecer. E se isso é uma desgraça, ou mesmo, uma atitude que vai de encontro ao patamar ético de uma vida republicana, por que aceitá-la?

Quando aponta a sua divergência, à ocasião do voto-vista, no ARE n. 806608 AgR/SC – Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello está buscando um posicionamento objetivo da Corte para uma hipótese específica de nepotismo: a nomeação pelo Prefeito de parente para Secretários. Senão, vejamos:

Dirirjo do Relator para dar seguimento ao extraordinário. (...). O fato de estar em jogo cargo de livre escolha do Chefe do Poder Executivo, aliado ao grau de parentesco dos envolvidos e à suspeição de favorecimento dele decorrente, não afasta a pertinência do verbete. Há de ser enfrentada pelo Colegiado físico – se é que existe outro – a seguinte controvérsia: legitimidade, ou não, da nomeação por prefeito de cônjuge para o cargo de secretário municipal. (Grifou-se).

Logo, verificamos que a jurisprudência construída em torno da Súmula Vinculante n. 13, conquanto represente um avanço no combate ao nepotismo, merece ser reavaliada, de modo a incluir os casos de nepotismo direto também para cargos políticos.

Nessa esteira, não duvidamos que para os pais e mães, maridos e esposas, os seus parentes sejam os mais leais, e que haja de alguma forma uma expectativa de levá-los consigo nas missões diárias, sujeitas às mais variadas provações. A questão é que o direito dos políticos de nomear assessores diretos e de confiança tem limites nos postulados éticos que sustentam o edifício constitucional. As práticas da vida privada encontram fronteiras quando realocadas no universo da coisa comum. E a vedação à nomeação de parentes é um limite institucional aos interesses do gestor, que é um só tempo ser humano e administrador público. São imposições de uma comunidade baseadas em um senso de moral comum: é preciso construir um muro entre a vida privada e a gestão da coisa pública. Trata-se de norma moralizadora do espaço público. Norma esta que parte da sociedade e reflete o seu desejo por um governo com ética e retidão moral.

4. Família e Política

A família é autoridade que governa a nível local e que ao mesmo tempo se projeta em direção ao poder central, infiltrando-se sempre que possível nas suas estruturas do governo. Trata-se de uma dinâmica social que tem suas raízes em um passado remoto. A lógica da interpenetração do privado com o público por meio de estruturas familiares nos remete sem sombra de dúvidas ao modelo político da era feudal⁵.

Nada obstante, trata-se de práticas políticas que se perpetuam até os dias de hoje. Em maior ou menor grau, fato é que o parentesco se desdobra em um complexo ambiente político, e que mesmo hoje, no ano de 2017, em especial no Brasil, a política estatal confunde-se com a vida em família. A consanguinidade estrutura-se, pois, em função da autoridade local, servindo como critério para o exercício do poder (e sua transferência) de geração em geração. Em suma, a linhagem serve à organização da estrutura política coletiva.

Ricardo Costa de Oliveira, Doutor em Ciências Políticas pela UNICAMP, e professor Associado da UFPR, autor da obra “Nas teias do nepotismo: sociologia política das relações de parentesco e de poder político no Paraná e no Brasil”⁶ dedica-se

5 ARIÈS, Philippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*. 2. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 31-34.

6 DE OLIVEIRA, Ricardo Costa. *Nas teias do nepotismo: sociologia política das relações de parentesco e de poder político no Paraná e no Brasil*. Curitiba: Editora Insight, 2012.

ao estudo de temas associados ao nepotismo, a saber, família e poder político. Destaquem-se as seguintes conclusões obtidas no Grupo de Trabalho 06 – Desigualdade e Estratificação Social, do XVII Congresso Brasileiro de Sociologia, realizado de 20 a 23 de julho de 2015, organizado pelo professor e intitulado “Famílias políticas, desigualdade estratificação social no Brasil Contemporâneo”⁷:

“A família política se tornou o grande “ponto cego” nas ciências sociais brasileiras do século XXI. Como as famílias atravessam e agem dentro das instituições políticas brasileiras foi uma questão central na gênese de certo pensamento social e na própria formulação de uma ciência social brasileira no início do século XX. Podemos discutir uma visão cética e realista na dimensão do ensaísmo e das pesquisas de Oliveira Vianna. O “complexo da família senhorial” e sua compreensão. Outra visão democrática e otimista na dimensão do ensaísmo e das pesquisas de Sérgio Buarque de Holanda. Raízes do Brasil, a família patriarcal e o “homem cordial”.

(...)

“A implantação da moderna ciência política no Brasil, após a redemocratização de 1946 e nas décadas posteriores, não trouxe e nem comportou a categoria “família” nos estudos políticos daquela época em diante.

(...)

A análise e identificação de um conjunto de famílias e de genealogias regionais, estruturas familiares de longa duração, formando uma classe social histórica no Brasil, revela um conjunto de relações sociais e de formas sociais de patrimônios e de tipos de rendas. A estrutura familiar apresenta vários casamentos com famílias igualmente antigas, ou com novos ingressantes e imigrantes ao longo do tempo. Trata-se de uma classe social histórica, que transmite e reproduz de várias maneiras seu *habitus* de classe e seu *ethos* político para as novas gerações. A velha classe dominante também transmite as velhas culturas do “familismo” e do “nepotismo” para as novas famílias do poder, muitas das quais possuíram origens migrantes, origens ascendentes e acabam casando com as velhas famílias do poder. Muitas vezes o funcionamento e a lógica das instituições operam mecanismos clientelísticos e formas de patronagem, que beneficiam esquemas políticos familiares. O tema das famílias é tema do presente!”⁸ (Grifou-se)

Vemos, pois, que o tema do nepotismo vem sendo objeto de detalhados estudos por parte de sociólogos e cientistas políticos brasileiros, que conseguiram identificar nesses últimos anos esse “ponto cego”. Logo, trata-se, sobretudo, de se debater o modelo político clientelista familiar que domina o país desde a sua colonização remota. O nepotismo é em si mesmo um fator de desequilíbrio social e econômico, que reproduz mecanismos clientelistas de monopólio do poder político. É uma fórmula que por si só é imoral, mas que nesse país adquire contornos trágicos, uma vez que mantém comunidades inteiras reféns de poderosos clãs locais.

Como ressalta Ricardo Costa de Oliveira, trata-se de tema da ordem do dia. A população e a grande mídia há muito já reconhecem esse como um dos principais fatores de atraso cultural e civilizatório do nosso país. A luta pela construção de uma sociedade mais digna e justa passa pelo reconhecimento de limites éticos institucionais aos nossos governantes. Nessa esteira, destaque-se a seguinte notícia do Jornal O Globo, em 04/01/2013:

ADMINISTRAÇÃO EM FAMÍLIA: NEPOTISMO AVANÇA NO BRASIL. PREFEITOS ASSUMEM MANDATOS E ESTIMULAM PRÁTICAS; MÃES, MULHERES E IRMÃOS GANHAM CARGOS: Nem bem assumiram o comando de suas cidades, na última terça-feira, prefeitos de municípios brasileiros já tomaram como uma de suas primeiras decisões nomear parentes para cargos remunerados de primeiro e segundo escalões. Em prefeituras do Norte ao Sul do país, mulheres, mães, pais e irmãos de prefeitos eleitos ou reeleitos no ano passado foram alojados na máquina municipal. Segundo maior colégio eleitoral fluminense, São Gonçalo, na Região Metropolitana, é um dos municípios onde há casos de nepotismo. O prefeito Neilton Mulim (PR) escolheu seu irmão, o vereador Nivaldo Mulim (PR), para assumir a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. Já na Região Serrana, o prefeito de Petrópolis, Rubens Bomtempo (PSB), que está em seu terceiro mandato, nomeou a mulher, Luciane Bessa Bomtempo, para o cargo de secretária chefe de gabinete, e o cunhado, Eduardo Ascoli de Oliva Maia, para comandar a Secretaria de Planejamento

7 DE OLIVEIRA, Ricardo Costa (Universidade Federal do Paraná). “Famílias políticas, desigualdade estratificação social no Brasil Contemporâneo” In Grupo de Trabalho (GT 06) – Desigualdade e estratificação social, In *XVII Congresso Brasileiro de Sociologia, realizado de 20 a 23 de julho de 2015*.

8 V. também livros e estudos de OLIVEIRA, Ricardo Costa de. (i) *Estado, classe dominante e parentesco no Paraná*. Curitiba: Nova Letra, 2015; (ii) *Redes de Nepotismo como processo de produção e reprodução de desigualdades*. GT 14: Desigualdades: produção e reprodução. 33º Encontro Anual da ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – 2009; e (iii) Política, Direito, Judiciário e Tradição Familiar; Área temática: Política, Direito e Judiciário. IX Encontro da ABCP, em 04 a 07 de agosto de 2014.

e Urbanismo. (...) — “É um velho costume de usar a máquina pública para fins particulares. É um atentado contra qualquer vida pública decente e não há nenhuma justificativa” — afirmou o professor de Filosofia Política da Unicamp Roberto Romano, que recorda os critérios da moralidade e da competência previstos na Constituição para o preenchimento de cargos públicos. (...) Em Manga (MG), o prefeito Anastácio Guedes (PT) emplacou três parentes no primeiro escalão. O cunhado assumiu a Secretaria de Agricultura familiar; a cunhada, a Secretaria de Assistência Social; e o sobrinho, a Secretaria de Administração. Em Carnaubais (RN), o prefeito reeleito, Luizinho Cavalcante (PSB), indicou o irmão, Nicolau Cavalcante, para a Secretaria da Educação e a esposa, Mária Cavalcante, para a Secretaria da Assistência Social. — Não há nenhuma lei que proíba a indicação de parentes para cargos de secretário municipal, de primeiro escalão. Não há problema nenhum, pelo menos é o que informou a minha assessoria jurídica — afirmou o prefeito Anastácio Guedes. (Grifou-se).

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a Súmula Vinculante Em decisões judiciais posteriores, a Suprema Corte flexibilizou a iniciativa para cargos considerados de “natureza política”, entre eles de secretários municipais. A incerteza sobre o alcance da medida tem gerado discussões nos meios jurídicos. **Na avaliação de juristas e especialistas entrevistados pelo GLOBO, o entendimento de que a restrição não se aplica aos cargos políticos não está consolidado. — Se essa jurisprudência estivesse consolidada, o Supremo Tribunal Federal (STF) teria feito uma espécie de retificação pontual da Súmula Vinculante N° 13, o que ainda não foi feito — avaliou o procurador Gustavo Binenbojm, professor de Direito da UERJ.** Para o professor Gustavo Alexandre Magalhães, doutor em Direito Administrativo pela UFMG, o texto da súmula deixou brechas, o que possibilita aos prefeitos interpretarem de acordo com suas conveniências. — Alguns pontos precisam ser esclarecidos. Pelo texto atual, o prefeito pode preencher seu primeiro escalão só com parentes, caso assim queira — afirmou. (GUSTAVO URIBE / EZEQUIEL FAGUNDES / MARCELO REMÍGIO / ODILON RIOS. O Globo. Administração em família: nepotismo avança no Brasil. Prefeitos assumem mandatos e estimulam práticas; mães, mulheres e irmãos ganham cargos. 04/01/2013 23:00/atualizado 05/01/2013 16:51. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/administracao-em-familia-nepotismo-avanca-no-brasil-7202448> 1/, com acesso em 20/02/2017). (Grifou-se).

Nessa esteira, nosso pleito consiste em que se reconheça a importância da realidade brasileira, dos estudos de ciência política e social e a avaliação da opinião pública sobre o tema, como elementos informadores da decisão do Supremo Tribunal Federal. Precisamos integrar o discurso acadêmico e social a esse processo decisório. Chama-se a atenção, pois, para a gravidade em si mesma da prática de nepotismo direto, mesmo nos casos de cargos políticos, tais como a nomeação pelo Prefeito de parentes para o seu secretariado.

5. Opinião Pública e Pauta Ética

Ao se analisar a situação atual da complexa sociedade contemporânea, percebemos uma constante em toda a heterogeneidade que a compõe: uma busca maior por ética por parte do sistema político. As chamadas “Jornadas de 2013”, como ficaram conhecidas as manifestações em meados de 2013, configuraram um verdadeiro estopim para o aumento da percepção da ética - ou, no caso, falta de ética - no sistema político vigente. Nas manifestações, além das demandas sociais, houve grande apelo por mais transparência. Evidenciou-se à ocasião a profunda falta de representatividade dos partidos. Centenas de milhares de pessoas nas ruas de todo o Brasil expressando, através de diferentes vozes, um extremo descontentamento com a política e a maneira como ela é estruturada, fortemente influenciável por interesses pessoais.

Com a descrença no sistema político, o brasileiro passa a buscar uma instituição capaz de externalizar a vontade popular. No cenário brasileiro atual, o Judiciário tem assumido em parte esse papel, sobretudo, quando as demandas de ética e moralidade dizem respeito a escolhas políticas que vão de encontro aos interesses pessoais dos agentes públicos. O Judiciário surge na arena pública como um mediador das relações sociais.

Conforme lição do eminente Ministro Luis Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal passa a ter o dever de prestar a jurisdição constitucional, sob dois fundamentos: (i) a atuação contramajoritária; e a (ii) atuação representativa⁹. Como nos ensina o professor e Ministro, a atuação contramajoritária costumeiramente decorre do dever de analisar a necessidade de sustar atos do Legislativo e do Executivo. Já a representativa decorre da crise de representatividade das instituições políticas. Ela está destinada a evitar abusos perpetrados pelos membros dos demais Poderes que compõe a República. Cabe, ao STF, o dever de

9 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 3-34.

“(atender) a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário”¹⁰. Veja-se que o autor se utiliza justamente da Súmula Vinculante 13 como exemplo:

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 12 e a posterior edição da Súmula Vinculante 13, que cancelam a proibição do nepotismo nos três Poderes, **representam um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa**. A tese vencida era de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição¹¹. (Grifou-se).

Nesse contexto, a Suprema Corte age como guardiã das normas constitucionais. Desta forma, não se pode permitir a prática de atos que violem os princípios da impessoalidade e moralidade da Administração Pública, sob o risco de se privilegiar interesses privados camuflados de interesse público.

Pretende-se, com a propositura da Reclamação Constitucional demonstrar que o ato realizado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro, Marcelo B. Crivella, consistente na nomeação de seu filho, Marcelo H. Crivella, para o cargo de Secretário da Casa Civil do Município do Rio de Janeiro é ato de nepotismo direto, conduta esta expressamente vedada pelo enunciado n. 13 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, verdadeira regra protetora do Artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Foi, assim, requerido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fosse declarado o descumprimento, pelo Município do Rio de Janeiro da Súmula Vinculante n. 13 da Colenda Corte Constitucional, e a consequente declaração de nulidade do ato administrativo de nomeação de Marcelo H. Crivella, para o cargo de Secretário da Casa Civil do Município do Rio de Janeiro, determinando-se o afastamento da pessoa acima citada do referido cargo público da Administração Pública Municipal do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO OBJETIVA:

Estamos diante de um caso que evidencia o potencial da atuação do Ministério Público em defesa das teses que lhes são caras perante o Supremo Tribunal Federal. Identificada a relevância de determinada tese para a instituição, cabe aos órgãos de execução articularem-se seja internamente, seja a nível nacional, com os demais Ministérios Públicos para sua defesa conjunta. Em muitos casos, forjam-se interpretações destoantes do postulado constitucional, as quais devem ser prontamente combatidas.

O Ministério Público não deve se apegar diante de tais desafios. Ao revés, deve insistir na persecução dos objetivos constitucionais ministeriais valendo-se das ferramentas à sua disposição, em especial a Reclamação Constitucional. No caso, a reconstrução histórica da edição da Súmula Vinculante n. 13, nos termos da Reclamação n. 26.482 revela que a preocupação original deste enunciado era a vedação do nepotismo direto. Nessa esteira, surge a importância do papel do Ministério Público como agente ativo na arena dialógica.

Por fim, é evidente que a Súmula Vinculante N. 13 foi editada com o objetivo de reconhecer de forma expressa a prática de nepotismo, direta e cruzada, como ato de violação à Constituição, sobretudo, dos princípios da moralidade e impessoalidade inscritos no art. 37, *caput*.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: Cabe ao Ministério Público o ajuizamento de Reclamação Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal como ferramenta de impugnação de nomeação de parentes para quaisquer cargos públicos de livre nomeação, inclusive os de alto escalão, tais como secretarias e ministérios, considerando que a Súmula Vinculante N. 13 foi editada com o objetivo de reconhecer de forma expressa a prática de nepotismo, direta e cruzada, como ato de violação à Constituição, sobretudo, dos princípios da moralidade e impessoalidade inscritos no art. 37, *caput*.

¹⁰ *Ibidem*. p. 34.

¹¹ *Ibidem*. p. 27.

*POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO
EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NA ÁREA DA
PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA
TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA¹*

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ²

EDUARDO CAMBI³

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para a Assessoria de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

3 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

Há nítida preferência do Novo Código de Processo Civil pela solução consensual dos conflitos (NCPC, art. 3º, § 1º, e art. 42), para o que se destacam a conciliação, a mediação e outros métodos afins, os quais deverão ser estimulados, inclusive por parte do Ministério Público (NCPC, art. 3º, § 3º).

Nesse mesmo direcionamento, estabelece a nova legislação processual ser incumbência do juiz promover a autocomposição (NCPC, art. 139, V), além de dispor sobre os conciliadores e mediadores judiciais (NCPC, art. 165 a 175). Prevê expressamente a audiência de conciliação ou de mediação (NCPC, art. 334), não sendo esta realizada apenas em duas hipóteses: i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e, ii) quando não se admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º).

Ainda com esse mesmo propósito, o art. 174 do NCPC prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de conciliação, na esfera administrativa, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades administrativas, avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A implantação dos meios alternativos de solução dos conflitos vai além da sua previsão formal no Código de Processo Civil. É imprescindível, para o sucesso das medidas adotadas no NCPC, a construção de uma *política* integrada de valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses, com o envolvimento de todos os atores do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério da Justiça, Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios, etc.).

Nesse sentido, destaca-se o II Pacto Republicano, consistente na coesão dos três poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), em torno de pautas jurídicas consensuais, em benefício do acesso à justiça e de sua efetividade, assinado em 13.04.2009, que, dentre os compromissos assumidos, incluiu o fortalecimento da mediação e da conciliação, para estimular a resolução dos conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e à menor judicialização.

No ano seguinte, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29.11.2010, que criou a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), seguindo na mesma direção, publicou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, para estabelecer, no âmbito institucional, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição.

Neste ato normativo do CNMP, vale destacar as seguintes regras:

Art. 1º. Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe **implementar e adotar mecanismos de autocomposição**, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, **à redução da litigiosidade, à satisfação social**, ao empoderamento social e ao **estímulo de soluções consensuais**, serão observados:

[...]

IV – **a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.**

[...]

Art. 8º A **negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)** [...].

No 7º Congresso de Gestão do Ministério Público, promovido pelo CNMP, realizado entre os dias 21 e 23 de setembro de 2016, foi editada a “Carta de Brasília”, com Diretrizes aos membros do Ministério Público (item 2), valendo destacar:

a) Adoção, pelos membros da Instituição, como agentes políticos, de **postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise**, exigindo-se, para tanto:

- clareza sobre o desenvolvimento das disputas que se travam na sociedade em torno dos objetos de intervenção do Ministério Público;

- capacidade de articulação política, sobretudo no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos; ·

- autoridade para mediar demandas sociais (capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade);

- capacidade de diálogo e de consenso;

- senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais;

b) **Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional**, exigindo-se, para tanto:

- atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais;

- realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada;

- uso de mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público; ·

- escolha correta dos ambientes de negociação que facilitem a participação social e a construção da melhor decisão para a sociedade;

- **construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais;**

- **utilização racional do mecanismo da judicialização nos casos em que a via não seja obrigatória e indispensável, devendo o membro analisar se realmente a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso; [...]**

c) **Priorização da atuação preventiva**, de modo a atuar programaticamente para combater ilícitos que possam gerar situações de lesão ou de ameaça aos direitos fundamentais afetos à atuação do Ministério Público, **priorizando, para tanto, medidas extrajudiciais e judiciais que sejam efetivas e eficientes para evitar essa prática; [...]**.

Mais recentemente, a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Vale destacar o § 2º do art. 1º desta Recomendação que orienta no sentido da preferência, sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, da resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Ainda, no Encontro Estadual do MPPR, realizado nos dias 15 e 16 de dezembro de 2016, a respeito do MP Resolutivo, foi deliberado pela manutenção das propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho, formado por representantes dos Grupos de Estudos de todas as regiões do Estado, dos Centros de Apoio, da Corregedoria-Geral e dos demais órgãos e setores da Administração, no sentido de possibilitar a realização de transação, inclusive em inquéritos que versem sobre improbidade administrativa.

Entretanto, a indagação que, naturalmente, surge diz respeito à compatibilidade entre os meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo mediante a utilização do instituto da transação, caracterizado pela extinção de obrigações por meio de “concessões mútuas” (CC, art. 840) e o campo da proteção ao patrimônio público, submetido ao regime jurídico-administrativo, e, portanto, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Sob outro ângulo, indaga-se: seriam o patrimônio público e a moralidade administrativa renunciáveis? Caberia termo de ajustamento de conduta e transação em matéria de proteção ao patrimônio público?

Nota-se que a matéria encontra proibição no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Embora a Medida Provisória 703, de 18.12.2005, tenha revogado o mencionado dispositivo, sua vigência expirou-se e, destarte, permanece em vigor a restrição estabelecida pela Lei de Improbidade Administrativa.

Adianta-se que a jurisprudência tradicional assentou-se na restrição da transação às hipóteses que tratem de direito disponível e alienável, características inerentes aos direitos patrimoniais de caráter privado (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

Questiona-se, apesar disso, se efetivamente haveria óbice intransponível em relação à celebração de termo de ajustamento de conduta e de transação em matéria de patrimônio público. É o que se passa a analisar.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

O enfrentamento da questão necessita de adequado delineamento acerca de situações diversas que tangenciam o problema, as quais, não raras vezes, são tratadas de maneira uniforme. Aborda-se, nesse sentido, cada uma das hipóteses.

2.1. Atos de mera irregularidade administrativa

Primeiramente, ressalva-se que diversas situações que se constituem em ilicitude em matéria de patrimônio público, porque dotadas de pouca relevância, caracterizam-se como meras irregularidades e, portanto, não configuram ato de improbidade administrativa.

Observa-se que não se está a tratar do princípio da insignificância, pois *“mostra-se tecnicamente ilógico ou juridicamente bizarro que se pretenda seja uma conduta imoral, em grau capaz de disparar a Lei da Improbidade Administrativa, e, ao mesmo tempo, irrelevante perante o Direito”* (STJ. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010).

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o desvio de R\$ 22.782,52, para a aquisição de gêneros alimentícios e “quentinhas”, destinados à alimentação dos profissionais e funcionários da Secretaria Municipal de Saúde, deveriam ser custeadas pelo próprio Município, e não pelo Programa de Atendimento Assistencial Básico, referente à Parte Fixa do Piso de Atenção Básica, já que não havia previsão, no Plano Municipal de Saúde, de utilização dos recursos federais para tais gastos. Entretanto, não restou evidenciado que os recursos federais foram utilizados de forma desonesta, uma vez que os gêneros alimentícios acabaram sendo utilizados para a alimentação dos profissionais da saúde, funcionários e pacientes da Unidade mista de Referência do Município. Portanto, as despesas em questão reverteram-se em proveito do próprio programa, possibilitando a melhor prestação do serviço. Assim, o ato em foco constitui irregularidade formal que não representa por si só ato de improbidade ensejador da aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 (STJ. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Tem-se como meras irregularidades administrativas as pequenas ilicitudes, as quais não se revestem de gravidade suficiente a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa, sob pena, inclusive, de ocorrer a banalização do conceito, comprometendo-se, até mesmo, a credibilidade do microsistema de proteção à moralidade administrativa.

Em situações como tais, a celebração do termo de ajustamento de conduta mostra-se perfeitamente possível, pois não se estaria a dispor de quaisquer sanções da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não aplicável à hipótese.

2.2. Atos de improbidade administrativa de pequena gravidade

Situação diversa ocorre quando, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, verifica-se, diante do caso concreto, que o ilícito mostra-se de pequena monta e, dessa forma, seria possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, sem qualquer dúvida a respeito. Isso porque a solução não se daria por meio de transação, compreendida como concessões recíprocas, mas pela fixação de sanções ao responsável pelo ato, por meio do aludido ajustamento de conduta, levando-se em consideração o postulado da proporcionalidade. Vale dizer, antecipar-se-ia, por meio de critérios objetivos, em sede de ajustamento de conduta, as sanções que seriam aplicadas caso houvesse trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, evitar-se-ia a judicialização da demanda, com economia, diminuição de tempo para a solução da questão jurídica e mais rápido ressarcimento dos danos ao erário, especialmente nos ilícitos costumeiramente cometidos no âmbito da Administração Pública, em relação aos quais a jurisprudência pátria, ao interpretar a expressão “isolada ou cumulativamente” do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, impõe apenas sanções pecuniárias (multa) em face do ato praticado.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo a apropriação indevida de diárias por agente público, no valor de R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), considerou estar caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no inc. IX do art. 9º da Lei 8.429/92. Entretanto, com fundamento no princípio da razoabilidade da punição, afastou a aplicação da perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 04 (quatro) anos, reduzindo a condenação ao pagamento de multa civil correspondente à três vezes o valor das diárias apropriadas indevidamente, além do ressarcimento do dano causado ao erário (STJ. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011).

Nessa perspectiva, o inc. I do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do termo de ajustamento de conduta para a “aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, nos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostre-se suficiente para sua prevenção e repressão”.

2.3. Transação e indisponibilidade de direitos

Paralelamente a isso, no âmbito do patrimônio público, vivencia-se momento de rediscussão sobre o entendimento da vedação da transação em matéria de proteção ao patrimônio público, considerando que esta constitui-se em “concessões mútuas” (CC, art. 840).

Questiona-se se tal prática não seria contraposta ao princípio basilar do regime jurídico-administrativo, pelo qual o interesse público é indisponível e, portanto, não passível de transação. Compreende-se como direitos indisponíveis aqueles que, em virtude do regime jurídico, mostram-se irrenunciáveis, a exemplo do patrimônio público e da moralidade administrativa.

O cabimento da transação pressupõe a definição da natureza jurídica dos direitos, especialmente em relação à sua disponibilidade. Para a visão tradicional, apenas os direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de conciliação, mediação ou transação e, ainda, submeter-se-iam à arbitragem. O próprio Código Civil restringe a transação aos direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841).

A jurisprudência assim destaca:

Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo CC, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características: (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, *in casu*, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

É bem verdade que a indisponibilidade acerca da proibidade administrativa consta expressamente da Lei: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*” (LIA, art. 17, § 1º). Pondera-se, todavia, que novos componentes devem ser trazidos ao debate, os quais bem demonstram que as inovações introduzidas no ordenamento jurídico conduzem a certa relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Exemplifica-se o que se está a dizer:

1. Juizados Especiais Criminais. O art. 76 da Lei 9.099/95 prevê, expressamente, hipótese de direitos indisponíveis que admitem transação, ao permitir que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (quando houver a representação), desde que não seja caso de arquivamento e que não estejam presentes os óbices previstos no § 2º do art. 76, proponha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa para as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação da Lei 11.313/2006).

2. Juizados Especiais Federais. O parágrafo único do art. 10 da Lei 10.259/01, que regula os Juizados Especiais Federais, autoriza os “*representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais*” a conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência do JEF.

3. Advocacia-Geral da União. A Lei 9.469/97 (com a redação dada pela Lei 11.941/09) concedeu poder ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos das empresas públicas federais para autorizarem a realização de acordos ou transações em juízo, ou, ainda, o não ajuizamento de ações, dependendo do valor a ser cobrado. O art. 2º da referida Lei autoriza que o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, os dirigentes máximos das empresas públicas ou do Banco Central do Brasil celebrem acordos, a serem homologados em juízo, relativos a débitos até o montante de cem mil reais, cuja quitação possa ocorrer em até sessenta meses.

4. **Acordo de Leniência.** Trazido pela Lei 12.846, de 01.08.2013, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, o acordo de leniência permite sua celebração com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, assim como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica da sanção administrativa de “*publicação extraordinária da decisão condenatória*” (art. 6º, II) e da sanção judicial de “*proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público*” (art. 19, IV) e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (art. 6º, I).

5. **Arbitragem.** A Lei 13.129, de 26.05.2015, autorizou a administração – direta e indireta – a utilizar-se da arbitragem “*para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (art. 1º, § 1º).

6. **Mediação.** A Lei 13.140, de 26.06.2015, possibilitou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública: “*Pode ser objeto de mediação o conflito que ver-se sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*” (art. 3º), destacando-se que o “*consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público*” (art. 3º, § 3º).

Nessa linha de raciocínio, apesar da indisponibilidade do conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio público, seria de se indagar quanto à possibilidade de, por critérios de razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, admitir-se a transação, nas hipóteses em que tal medida revele-se mais vantajosa à coletividade, sabendo-se que a aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º).

Naturalmente, por ocasião da transação em matéria de improbidade administrativa, deve ser convencionada, para além do reconhecimento da prática do ilícito, a aplicação de uma ou mais sanções do art. 12 da Lei 8.429/92; e, ainda, naturalmente, a recomposição do dano.

3. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TRANSAÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O óbice às transações em matéria de improbidade administrativa, trazido pelo § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, pode ser enfrentado de diferentes formas.

Primeiramente, há que se considerar que a Lei da Mediação (Lei 13.140, de 26.06.2015) faz menção à composição extrajudicial dos conflitos, estendendo-a aos casos de improbidade administrativa, hipótese em que a conciliação “*dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator*” (art. 36, § 4º). Com isso, ainda que verse sobre situações mais restritas, a Lei da Mediação passa a admitir transação em matéria de improbidade administrativa.

Também é possível sustentar que a regra contida no § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, de 02.06.1992, precisa ser interpretada em conformidade com a Constituição (Lei 9.868/1999, art. 28, par. ún.), para evitar que se impeça a transação, em situações excepcionais, justificadas e previamente submetidas aos órgãos de controle do Ministério Público (Conselho Superior do Ministério Público dos Estados e Câmaras de Coordenação e Revisão, nos ramos que compõem o Ministério Público da União) para que, assim, a referida previsão seja compatibilizada com o princípio constitucional da eficiência no âmbito administrativo (art. 37, *caput*, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/1998) e a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, trazido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004), que não existiam, quando da promulgação referida Lei de Improbidade.

Tal exegese é reforçada pela orientação do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, exposta no arquivamento do Inquérito Civil n.º 14.0555.0000113/2014-9, da Promotoria de Justiça de Osasco, ao admitir a aplicação dos “*acordos de colaboração*” aos atos de improbidade administrativa, sob os seguintes argumentos:

[...] o fundamento para a aplicabilidade do “acordo de colaboração” aos atos de improbidade administrativa é a obtenção de maior eficiência nas investigações, para própria repressão dos atos de improbidade e tutela do erário, como forma de melhor satisfação do interesse público. E, para tanto, admite-se até mesmo a relativização/mitigação do princípio da obrigatoriedade, haja vista que o interesse público e eficiência serão melhor atingidos com o “ato de colaboração”; de que a “natureza jurídica ‘negocial’ está bem preservada. O Ministério Público, na hipótese de ‘acordo

de colaboração’, possui interesse de agir mas assume compromisso de não exercer sua pretensão, ‘para melhor atenção ao interesse público e eficiência (princípios previstos constitucionalmente). Além disso, na hipótese de descumprimento do ‘acordo de colaboração’, a consequência é a propositura de ação civil de improbidade contra o colaborador”.

No mesmo sentido, o inc. II do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do acordo de leniência, visando “constituir meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) ou qualquer ato praticado contra a Administração Pública (Lei 12.846/2013), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso”.

De qualquer modo, o art. 17 da Lei 8.429/1992, embora traga regras especiais, notadamente quanto à fase inicial do processo (art. 17, § 7º), não é incompatível com as regras procedimentais previstas na Lei 7.347/1985, nem, tampouco, regulamentou inteiramente o procedimento aplicável aos atos de improbidade administrativa. Assim sendo, mesmo a Lei 8.429/1992 sendo posterior a Lei 7.347/1985, e ainda que aquela Lei não tenha regra explícita no sentido de que esta legislação se aplica subsidiariamente, outra conclusão não é possível senão a interpretação conforme a Constituição. Ora, se o art. 129, inc. III, da CF afirma que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público, estranho seria concluir que tal ação, regulamentada pela Lei 7.347/1985, não é a mesma que deva ser ajuizada para a responsabilização judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, justamente quando o escopo da Lei 8.429/1992 é a proteção do patrimônio público.

Essa interpretação sistemática permite a aplicação do art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe sobre o compromisso de ajustamento de conduta, à Lei de Improbidade Administrativa.

Perceba-se, contudo, que o termo de ajustamento de conduta possui natureza de negócio jurídico bilateral e solene, mas não se confunde com a transação, pois o órgão público *não transaciona* com a parte contrária, mas apenas impõe, mediante critérios pré-estabelecidos (como prazo, forma e cominações), a observância das determinações legais que são aceitas, voluntariamente, pelo causador do ato ilícito e/ou do dano. Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta não possui natureza jurídica de transação, sendo ato administrativo negocial. Não fosse assim, o legitimado extraordinário para a propositura de ações coletivas (Lei 7.347/85, arts. 5º e 21; Lei 8.078/90, arts. 82 e 90; CPC, art. 18) não poderia negociar, já que estaria impedido pela indisponibilidade do direito material subjacente.

Por outro lado, verifica-se haver situações em que a vedação da transação contraria a efetividade da punição e da reparação dos danos. Exemplo disso se dá na colaboração premiada, prática em que o agente ministerial efetivamente *transaciona* com o investigado⁴ que pode ser beneficiado com o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direito, quando efetiva e voluntariamente contribui com a investigação e com o processo criminal, caso da sua colaboração decorra um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais co-autores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (Lei 12.850/2013, art. 4º).

A colaboração premiada tem se revelado eficiente mecanismo de investigação criminal e que pode ser adotada, por igual fundamento, no campo da improbidade administrativa, na perspectiva de que se há autorização legal para o mais (responsabilidade penal), haveria permissivo para o menos (responsabilidade por improbidade administrativa).

Nesse sentido: “Aquele que colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa” (TJPR. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016).

Outra hipótese dar-se-ia em circunstâncias em que a reparação imediata do dano e o pagamento de multa mostram-se mais atraentes que a espera do curso de processo judicial, sujeito a longos anos de tramitação.

Nessas hipóteses, o Ministério Público não renuncia ou dispõe do direito transacionado e, havendo descumprimento do acordo, o investigado perderá os benefícios pactuados, haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas e serão executados tanto o montante integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas, quanto os valores pertinentes aos danos e ao enriquecimento ilícito, bem como deve ser instaurado ou retomado o procedimento referente aos atos e fatos incluídos no acordo, ou ajuizada ação civil pública, conforme o caso, sem prejuízo de utilização das informações prestadas e dos documentos fornecidos pelo responsável pelo descumprimento da transação.

4 Homologação de acordo de colaboração premiada. O STF fixou entendimento no sentido de reconhecer a atribuição do relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença. Reafirmou, também, a competência colegiada do STF para avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento dos termos, bem como a eficácia do acordo. No ato de homologação da colaboração premiada, não cabe ao magistrado, de forma antecipada e extemporânea, tecer juízo de valor sobre o conteúdo das cláusulas avençadas, exceto nos casos de flagrante ofensa ao ordenamento jurídico vigente (STF. Pet 7.074. Rel. Min. Edson Fachin. J. 29.06.2017).

Em síntese, há possibilidade de celebração de transação, envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente fundamentadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

4 – CONCLUSÃO

Do que precede, em relação à solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público, define-se pelos seguintes posicionamentos:

- i) em situações de meras irregularidades, que sequer configurem a prática de ato de improbidade administrativa, permite-se a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois não se estaria a dispor de quaisquer das sanções da Lei 8.429/1992, mesmo porque não aplicáveis à hipótese;
- ii) em outros casos, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, quando se verificar que a conduta praticada mostra-se de pequena monta, é possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois a solução do ilícito não se daria por meio de transação, mas pela fixação de sanções ao responsável pelo ato, levando-se em consideração os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência; e,
- iii) em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente motivadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, há possibilidade de transação, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

5 – REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.
- _____. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011.
- _____. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012.
- _____. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Org. Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho. Brasília: ESMPU, 2016.
- CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil. In: *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

*MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E
DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO
À CONDIÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
DEVEDOR DOS DE ALIMENTOS ¹*

EDUARDO CAMBI²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

1. JUSTIFICATIVA

O Ministério Público brasileiro é um canal de comunicação entre o Estado e a sociedade³. De acordo o Relatório Índice de Confiança na Justiça Brasileira, organizado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, publicado no 1º semestre de 2016, acerca do Índice de Confiança na Justiça do Brasil, o Ministério Público é a quarta instituição mais confiável do Brasil (36%), a frente do Poder Judiciário (29%) e da Polícia (25%)⁴. Isso demonstra que o Ministério Público já possui a confiança necessária para expandir sua forma de atuação e implantar um modelo de Ministério Público Resolutivo⁵.

Nesse sentido, é importante o desenvolvimento de estratégias de atuação institucional eficientes no processo civil, com objetivo de alcançar resultados que garantam a proteção integral dos vulneráveis e a duração razoável dos processos em que o Ministério Público atua como autor ou como fiscal da ordem jurídica⁶.

Tal preocupação deve ser iniciada com o aperfeiçoamento do atendimento ao público. Dentre as propostas discutidas nos dias 15 e 16 de dezembro de 2016, em Curitiba, no Encontro Estadual do MPPR, sobre “Ministério Público Resolutivo”, quanto ao tema interação com a sociedade e atendimento ao público, destacam-se⁷: i) a estruturação do atendimento ao público não presencial, por meio de telefone (127), *e-mail* próprio, salas virtuais de recepção de demandas e denúncias e aplicativos para celulares, aptos a fornecer acolhida qualificada e filtrar demandas mal endereçadas; ii) a instituição de Centrais de Atendimento nas comarcas maiores, alinhadas com as Promotorias de Justiça que efetivamente darão sequência ao atendimento às demandas acolhidas; iii) a elaboração de pré-cadastro para o atendimento, preenchido pelo próprio usuário, e agendamento de horário, inclusive por meios virtuais, para atendimento presencial com o Promotor de Justiça; iv) a conformação de atendimento descentralizado em todos os municípios integrantes da comarca, procurando priorizar os aspectos coletivos das demandas.

Em âmbito nacional, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo venceu o Prêmio CNMP 2016, na categoria Tecnologia da Informação, com o projeto APP MPES Mobile. Desenvolveu uma ferramenta para *smartphones* e *tablets* para facilitar a comunicação com o cidadão. Ele possibilita que se faça, a qualquer hora, denúncias por *chat* (semelhante ao *whatsapp*), consultar a localização da Promotoria de Justiça mais próxima, verificar processos, publicações, notícias, além de conhecer mais sobre a instituição.

Ademais, o Ministério Público do Estado do Acre, nessa mesma categoria do Prêmio CNMP 2016, ficou em 3º lugar com a produção do *software* do Centro de Atendimento ao Cidadão, que é um sistema de acompanhamento dos atendimentos públicos, com o armazenamento do histórico de cada cidadão, o que resultou em maior segurança e agilidade no serviço prestado pelo MP⁸.

Deve ser acrescido que a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao dispor sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, salientou, no art. 1º, que “*entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações*”.

Com efeito, as unidades do Ministério Público devem estar abertas e acessíveis à população, para poderem realizar, cotidianamente, atendimento ao público, ouvindo suas reclamações, informando sobre os seus deveres e direitos e, quando é o caso, adotar as medidas extrajudiciais ou judiciais adequadas e que assegurem a mais rápida tutela jurídica.

3 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 644.

4 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil*: 1º semestre de 2016. p. 15. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2017.

5 Verificar, dentre outros: SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 45, 2001, p. 134-138; GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001. p. 28; ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016, p. 157-198.

6 Aliás, esta última preocupação (assegurar a duração razoável dos processos) é uma das premissas da Carta de Brasília, assinada pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público, durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, realizado entre 21 e 23 de setembro de 2016. Cfr. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público*. p. 03. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

7 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Ministério Público Resolutivo*. Disponível em: <http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias_MP_Resolutivo.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

8 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2016. p. 43-45.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Grande parte das questões levadas pela população ao Ministério Público versa sobre Direito de Família. Conforme levantamento da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (Subplan) do Ministério Público do Paraná, extraída do “Módulo Atendimento” contido no sistema PRO-MP, entre os meses de abril e maio de 2016, foram realizados 12.536 atendimentos à população pelas Promotorias de Justiça em todo o Estado. Desse total, aproximadamente 40% se referiam a questionamentos sobre Direito de Família, em especial a pedidos de orientação sobre pensão alimentícia, guarda de filhos, direito de visita, investigação de paternidade, partilha de bens etc⁹. Vale destacar que a enorme demanda reprimida em Direito de Família, no Paraná, decorre da precariedade do atendimento realizado pela Defensoria Pública do Estado que, por não possuir estrutura suficiente e não conseguir priorizar na maioria das comarcas tais demandas, acaba por tornar o trabalho do Ministério Público, na solução dessas controvérsias, ainda mais volumoso e indispensável.

Com o intuito de promover a proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, sujeitos mais vulneráveis na sociedade¹⁰, reconhece-se ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação de alimentos em favor deles, independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou de a criança ou do adolescente encontrar-se nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou, ainda, de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca¹¹.

Uma das maiores dificuldades para se obter sucesso na ação de alimentos, ajuizada por crianças ou adolescentes e, também, pelo Ministério Público, é demonstrar a condição econômica-financeira do devedor, especialmente quando ele não possui renda fixa.

Mesmo antes do advento do novo Código de Processo Civil, a partir de uma leitura do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inc. XXXV, CF), as técnicas de inversão do ônus da prova não eram exclusivas do Código de Defesa do Consumidor e poderiam ser utilizadas em outros casos, ainda que a vulnerabilidade ou a hipossuficiência não fossem os únicos marcos para a dinamização e desde que uma das partes tivesse melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário¹².

Tal possibilidade foi consagrada no art. 373, § 1º, do NCPC, ao contemplar a teoria das cargas probatórias dinâmicas, em oposição a distribuição estática do ônus da prova.

O art. 333 do Código de Processo Civil de 1973 afirmava que caberia ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto competia ao réu, à existência dos fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa redação foi reproduzida no art. 373, incs. I e II, do novo Código de Processo Civil. Com efeito, a distribuição estática da prova permanece como regra no sistema processual brasileiro.

Esse modelo de estruturação do ônus da prova não leva em consideração a dificuldade real das partes produzirem a prova, tornando muito mais onerosa à posição do demandante que, se não consegue demonstrar o fato constitutivo de seu direito, está fadado a não obtenção da tutela jurisdicional.

Para atenuar o rigorismo da distribuição estática da prova, que impedia ou dificultava a proteção do direito fundamental à tutela jurisdicional eficiente e adequada às necessidades do direito material¹³, o art. 373 do NCPC, apesar de manter o disposto no art. 333 do CPC-73, evoluiu para contemplar, também, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A introdução da teoria das cargas dinâmicas das provas, no ordenamento processual brasileiro, atende a perspectiva metodológica da instrumentalidade do processo, promove a igualdade em sentido substancial e contempla os novos anseios da sociedade contemporânea. Isso porque a distribuição estática da prova não levava em consideração as circunstâncias reais do caso a ser julgado, mas apenas a posição abstrata das partes e a natureza do fato a ser provado¹⁴.

9 CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Paraná - MP-PR lança hotsite especial sobre Direito de Família com informações sobre o tema à população. Disponível em: <<http://www.cnpj.org.br/index.php/noticias-outros-mps/36-mppr/6572-parana-mp-pr-lanca-hotsite-especial-sobre-direito-de-familia-com-informacoes-sobre-o-tema-a-populacao>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

10 “Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (vulnus), aquele que pode ser “ferido” (vulnerare) ou é vítima facilmente” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 129).

11 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1265821/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 04/09/2014.

12 CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º do NPC. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 257; HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 119.

13 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cit. p. 287-320.

14 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Júnior. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 212-214.

A distribuição da prova é dinâmica, em razão do *onus probandi* poder ser atribuído a parte que, pelas circunstâncias do caso concreto, estiver em melhores condições para produzir a prova¹⁵. Por isso, é irrelevante a natureza do fato (isto é, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito), posto que o importante é que o órgão judicial verifique qual das partes está em melhores condições para suportar o ônus da prova¹⁶. O juiz pode inverter ou atenuar *onus probandi* para que a parte juridicamente hipossuficiente não fique prejudicada, após considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto¹⁷. Afinal, a dinamização do ônus da prova não se dá de forma prévia e abstrata, mas depende de decisão judicial fundamentada (*ope iudicis*).

Dessa maneira, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova valoriza o papel do juiz na gestão da prova¹⁸, reduz as desigualdades entre as partes, promove a colaboração dos sujeitos processuais e contribui para a efetividade da prestação jurisdicional, já que a justiça da decisão depende da correta reconstrução dos fatos pertinentes e relevantes para o julgamento da causa¹⁹.

Porém, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser aplicada de forma subsidiária à regra geral de que incumbe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu cabe comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, incs. I e II, CPC). Isso porque dinamização do ônus da prova não invalida a distribuição estática, a qual pode funcionar adequadamente na grande maioria dos processos²⁰. Em outras palavras, apenas se no caso concreto a distribuição estática gerar *onus probandi* excessivo para uma das partes, em detrimento da outra que tem melhores condições de demonstrar os fatos jurídicos relevantes ao julgamento da causa, é que o juiz, mediante decisão fundamentada, inverterá ou atenuará o ônus da prova.

Nas ações de alimentos, é possível o juiz, a pedido das partes, do Ministério Público ou mesmo de ofício, dinamizar o ônus da prova, a fim de invertê-lo para que as reais possibilidades de ganhos financeiros do alimentante sejam demonstradas pelo réu, quando ele estiver em melhores condições de produzir a prova. Isso torna o processo mais igualitário, quando o alimentando é parte vulnerável ou hipossuficiente e possui dificuldades maiores em se desincumbir do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito.

Afinal, a inversão do ônus da prova é uma técnica processual que visa proteger o litigante que teria excessiva dificuldade na produção da prova (v.g., as condições econômico-financeiras do devedor de alimentos, por ser profissional liberal ou não ter renda fixa) ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade (vulnerável)²¹.

Com efeito, a inversão do ônus da prova não deve limitar-se somente às hipóteses expressamente previstas em lei, como as relações de consumo, mas também a todos os outros casos onde se verificar necessidade de igualar as partes, para que uma delas não tenha um ônus maior do que a outra a ponto de obstaculizar a efetivação do direito material.

Essa possibilidade pode ser aplicada ao processo de alimentos, pois o autor deve indicar na petição inicial as suas necessidades, bem como as condições econômico-financeiras do alimentante. Porém, não raro, a parte requerente sequer tem contato com o adversário processual, não tendo acesso ou conhecimento sobre todas as suas reais possibilidades financeiras.

No caso de crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, é possível presumir a sua vulnerabilidade que, aliada a hipossuficiência (isto é, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade de demonstrar os rendimentos do demandado), pode ensejar a incidência do art. 373, § 1º, do CPC.

15 HIGINO NETO, Vicente. Op. cit. p. 210.

16 “(...) a presente teoria, ao permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, rompe a tradição de estabelecimento prévio e abstrato do ônus da prova, desconsidera a posição da parte na relação processual, não importando se o indivíduo figura como autor ou requerido, bem como a diferenciação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, enfatizando e priorizando os fatos e circunstâncias concretas da demanda e aquela parte que efetivamente se encontra em melhores condições de produzir determinada prova” (COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo Código de Processo Civil: dinamização – teoria e prática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 99-100).

17 CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º do NPC. Cit. p. 251.

18 LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas: garantia de igualdade das partes no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2012. p. 70; THAMAY, Renan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chivassa de Mello Paula. Primeiras Reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 418.

19 “(...) 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, especifica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movido em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. (...)” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012).

20 MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 170-171.

21 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 169.

Logo, por força do art. 1.046, § 2º, do CPC, na ausência de regra expressa na Lei 5.478/68, as regras de dinamização do ônus da prova contidas no novo CPC devem ser aplicadas supletivamente ao processo de alimentos.

Acresce-se que a indisponibilidade dos direitos aos alimentos não é óbice para a dinamização do ônus da prova, já que o *quantum* pode ser matéria de autocomposição entre as partes²², o que inclui a possibilidade de convenção processual em que se acorde sobre a inversão do *onus probandi* (arts. 190 e 373, §§ 3º e 4º, CPC).

A possibilidade de dinamização do ônus da prova nas ações de alimentos não exonera, todavia, o autor de demonstrar a existência da obrigação, ou seja, o vínculo de parentesco com o réu²³. A necessidade de alimentos deve ser provada, apenas, se o alimentante for maior de idade, pois, se ainda for criança ou adolescente, tal necessidade é presumida²⁴. Ainda, nas ações cuja causa de pedir (fundamento da obrigação alimentícia) seja o casamento ou a união estável, o demandante precisa comprovar a necessidade de alimentos.

Além disso, é importante que o autor do pedido de alimentos informe sobre a situação econômica-financeira do réu (v.g., sua profissão, prováveis ganhos, modo e qualidade de vida, se possui patrimônio etc.).

Essas alegações são suficientes para que o juiz determine os alimentos provisórios.

Por outro lado, cabe ao demandado demonstrar qual é a sua condição econômica-financeira. Nesse sentido, salienta-se a 37ª Conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “*Tratando-se de alimentos, é do alimentante o ônus de fazer prova sobre suas possibilidades*”²⁵.

Caso o réu não comprove a sua real situação financeira, tal situação não pode prejudicar o alimentando²⁶. O magistrado não está adstrito às alegações trazidas pelo devedor de alimentos para a fixação da pensão alimentícia. A ausência de provas suficientes quanto a real situação econômica-financeira do réu não pode redundar na fixação de alimentos em montante insignificante, cabendo ao juiz confrontar as alegações do autor – isto é, as suas necessidades, com o contexto econômico-financeiro apresentado (v.g., a profissão, prováveis ganhos, modo e qualidade de vida, patrimônio etc. do devedor de alimentos) – com os argumentos e meios de prova trazidos ou omitidos pelo réu, já que o silêncio, a ausência de sinceridade e a má-fé não podem beneficiá-lo, em razão do que estabelece os arts. 5º (boa-fé objetiva) e 6º (colaboração processual) do CPC.

Ainda, a 39ª Conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prevê que a pretensão da ação de alimentos é estimativa; ou seja, havendo elementos *a posteriori* nos autos de que o alimentante tem condições superiores, até mesmo as que foram postuladas, deve ser arbitrado valor maior, sem que isso caracterize julgamento *ultra petita*, com a seguinte justificativa: “*O autor de uma ação de alimentos não dispõe, de regra, de elementos seguros de prova acerca da possibilidade do demandado. Assim, justifica-se que a pretensão alimentar, em casos tais, possua caráter meramente estimativo, que restará melhor precisado com a dilação probatória que se vier a produzir. Nestas condições, a eventual concessão de alimentos em montante superior ao que foi postulado ao início, não constituirá, na espécie, julgamento ultra petita*”.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que, para os casos em que o alimentante ou réu não faz nenhuma prova quanto as condições econômico-financeiras, o correto é a aplicação do valor postulado na petição inicial²⁷.

Por fim, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por força da parte final do art. 373, § 1º, do CPC, depende de decisão fundamentada, a ser proferida, preferencialmente, no momento do saneamento e da organização do processo (art. 357, inc. III, CPC), mas sempre antes da sentença. Dessa forma, o art. 373, § 1º, do CPC não pode ser usado como regra de julgamento²⁸, já isso implicaria no prejulgamento da causa pela violação do direito constitucional à prova contrária²⁹.

22 *Atente-se que, não obstante seja possível acordo extrajudicial ou judicial sobre o valor da pensão alimentícia, com a consequente desistência da ação de alimentos, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, antes da resolução do processo pelo art. 485, inc. VIII, do CPC, quando estejam envolvidos interesses de incapazes (art. 178, inc. II, CPC), sob pena de nulidade da sentença que vier a prejudicá-los. Cfr: BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 896.310/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009.*

23 *SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade às ações de alimentos. Revista dos tribunais, vol. 943, jun./2014, p. 171.*

24 *“Alimentos. Fixação que obedeceu ao binômio necessidade/possibilidade. Inversão do ônus da prova. Necessidades do menor presumidas. Sentença de procedência mantida. Recursos improvidos” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap 671.685.4/9, Santo André, 8.ª Câmara de Direito Privado, Apelantes/Apelados: C.B.O. e D.B.O., j. 25.11.2009).*

25 *“Apelação cível. União estável. Alimentos. Ausência de prova da alegada impossibilidade de arcar com os alimentos no valor fixado. Ônus do alimentante. Conclusão n. 37 do centro de estudos deste Tribunal. O apelante sustenta que não tem condições de pagar alimentos aos dois filhos menores no valor 50% do salário mínimo, alegando desemprego. Todavia, pela sua carteira de trabalho, a última contratação se deu em 1996, não se mostrando razoável supor que esteve desempregado em todo este período - até porque o casal litigante teve cinco filhos e ele manifestou interesse de, na partilha, ficar com o caminhão, que disse ser seu instrumento de trabalho. A propósito do ônus da prova, dispõe a Conclusão n. 37 do Centro de Estudos deste Tribunal que em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Negaram provimento. Unânime” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ApCiv 70057145740, 8.ª Câm. Civ., j. 05.12.2013, rel. Luiz Felipe Brasil Santos).*

26 *SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. Op. cit. p. 172-3.*

27 *“Quando o alimentante não faz absolutamente nenhuma prova sobre suas possibilidades, é de rigor fixar os alimentos no valor postulado na inicial (que no caso não é excessivo). Deram provimento” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AC 70044321248, 8ª C. Cível, Rel. Rui Portanova j. 24/11/2011).*

28 *CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 1999. p. 142-143.*

29 *CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 373 do CPC. In: Código de processo civil comentado. Coord. José Sebastião Fagundes Cunha, Antônio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: RT, 2015. p. 646-657.*

A inversão do *onus probandi* realizada na sentença viola a garantia do contraditório efetivo (arts. 5º, inc. LV, CF e 7º/CPC), o que, além de poder causar surpresa à parte prejudicada, retira dela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, acarretando a nulidade da decisão judicial por cerceamento de defesa.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que:

- a) é indispensável o desenvolvimento de estratégias de atuação institucional eficiente no processo civil, com objetivo de alcançar resultados que garantam a proteção integral dos vulneráveis e a duração razoável dos processos em que o Ministério Público atua como autor ou como fiscal da ordem jurídica;
- b) a introdução da teoria das cargas dinâmicas das provas, no art. 373, § 1º, do novo Código de Processo Civil, atende a perspectiva metodológica da instrumentalidade do processo, promove a igualdade em sentido substancial e contempla os novos anseios da sociedade contemporânea;
- c) por força do art. 1.046, § 2º, do CPC, na ausência de regra expressa na Lei 5.478/68, as regras de dinamização do ônus da prova contidas no novo CPC devem ser aplicadas supletivamente ao processo de alimentos;
- d) nos processos de alimentos envolvendo crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, é possível presumir a sua vulnerabilidade que, aliada a hipossuficiência (isto é, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade de demonstrar os rendimentos do demandado), devem ensejar a aplicação do art. 373, § 1º, do CPC;
- e) o Ministério Público, quando for autor da ação de alimentos ou nela intervir como fiscal da ordem jurídica (art. 178/CPC), deve requerer a dinamização do ônus da prova, para que as condições econômico-financeiras sejam demonstradas pelo devedor de alimentos, quando for impossível ou excessivamente difícil cumprir o encargo nos termos do art. 373, *caput*, do CPC, a fim de evitar que não sejam concedidas pensões alimentícias irrisórias ou que agravem a desproporcionalidade entre as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada (art. 1.694, § 1º, do Código Civil);
- f) a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ocorrer por decisão fundamentada, preferencialmente, no momento do saneamento e da organização do processo (art. 357, inc. III, CPC), mas sempre antes da sentença, uma vez que o art. 373, § 1º, do CPC não é regra de julgamento e, se aplicado na sentença, prejudica o direito constitucional à prova contrária, ao violar a garantia fundamental do contraditório efetivo (arts. 5º, inc. LV, CF e 7º/CPC), o que acaba por acarretar a nulidade da decisão judicial por cerceamento de defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1265821/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 04/09/2014.

_____. REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

_____. REsp 896.310/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Comentários ao art. 373 do CPC. In: *Código de processo civil comentado*. Coord. José Sebastião Fagundes Cunha, Antônio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º

do NPC. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público*. p. 03. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Paraná - MP-PR lança hotsite especial sobre Direito de Família com informações sobre o tema à população. Disponível em: <<http://www.cnpj.org.br/index.php/noticias-ou-tros-mps/36-mppr/6572-parana-mp-pr-lanca-hotsite-especial-sobre-direito-de-familia-com-informacoes-sobre-o-tema-a-populacao>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo Código de Processo Civil: dinamização – teoria e prática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2016*. p. 15. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2010.

LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas: garantia de igualdade das partes no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2012.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2º ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Ministério Público Resolutivo*. Disponível em: <http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias_MP_Resolutivo.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 45, 2001.

SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. *A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade às ações de alimentos*. *Revista dos tribunais*, vol. 943, jun./2014.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Júnior. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

THAMAY, Renan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Primeiras Reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ApCiv 70057145740, 8ª Câm. Civ., j. 05.12.2013, rel. Luiz Felipe Brasil Santos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AC 70044321248, 8ª C. Cível, Rel. Rui Portanova j. 24/11/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap 671.685.4/9, Santo André, 8.ª Câmara de Direito Privado, Apelantes/Apelados: C.B.O. e D.B.O., j. 25.11.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, AC 990.10.062944-1, Rel. Caetano Lagrasta. J. 07/04/2010.

*A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MELHORIAS NO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E PROTEÇÃO DO BEM FUNDAMENTAL DA VIDA*¹

EDUARDO JOSÉ FALESI DO NASCIMENTO *

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo precípuo apresentar estudo acerca do papel constitucional do ministério público na discussão acerca da efetivação de garantias de políticas públicas que possam proporcionar a melhoria nos serviços públicos de saúde à população, de modo a preservar o bem fundamental da vida. Analisar-se-ão aspectos relacionados à legitimidade de atuação do *Parquet*, do direito à vida como garantia constitucional e fundamental do ser humano no estado democrático brasileiro e a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no acesso a um sistema público de saúde de qualidade e segurança, da plena admissibilidade de judicialização de políticas públicas na área da saúde quando demonstrada a omissão por parte dos poderes públicos competentes frente aos princípios da separação dos poderes e reserva do possível, além de uma abordagem de pensamentos de filósofos sobre o tema relacional ao bem fundamental.

Palavras-chave:

SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. VIDA. PROTEÇÃO A BEM FUNDAMENTAL

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Promotoria de Justiça do Estado do Pará, atualmente da Promotoria de Justiça de Maracanã

Sumário: 1. Introdução. 2. Da legitimidade de atuação do Ministério Público. 3. Do direito à vida como garantia constitucional e fundamental do ser humano no estado democrático brasileiro e a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no acesso a um sistema público de saúde de qualidade e segurança. 4. Da plena admissibilidade de judicialização de políticas públicas na área da saúde quando demonstrada a omissão por parte dos poderes públicos competentes frente aos princípios da separação dos poderes e reserva do possível. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A saúde como meio de vida passa a ser necessidade de primeira da democracia, tornando-se indispensável a adoção de medidas que se fizerem necessárias para a garantia de sobrevivência do ser humano.

O direito à saúde constitui-se em direito indisponível e transindividual, eis que instrumento a serviço da própria vida, de modo que, através da atuação do Ministério Público, pretende-se não somente a defesa dos direitos individuais homogêneos, mas, ainda, a tutela de interesses difusos e coletivos relacionados à ausência de políticas públicas, cuja omissão estatal deixa de conferir o mínimo de dignidade à pessoa humana.

As políticas públicas de atenção à garantia de saúde ao cidadão tornam-se fundamentais a partir do momento em que se lida com interesses de vidas humanas, de modo que a atuação da administração pública, através de atos comissivos e/ou omissivos, estão cada vez mais numa liberdade vigiada, haja vista o controle exercido pelo órgão jurisdicional no que se refere à efetividade e eficiência dos instrumentos políticos empregados e seus respectivos resultados.

Dáí, porque, na análise das demandas que tenham por objeto a implementação de políticas públicas afetas à garantia do direito à vida e saúde, possa estar a atividade jurisdicional atenta aos argumentos da separação de poderes e da reserva do possível com vistas, assim, a afastar teses que, na prática, não potencializam qualquer tipo de violação aos princípios acima especificados.

2. DA LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sendo consideradas as ações e serviços de saúde como direitos sociais de interesses difusos, encontram-se perfeitamente sujeitas à regulamentação, fiscalização e controle pelo poder público, destacando-se, como órgão fiscalizador e de controle dos atos administrativos, a instituição ministerial.

Com a promulgação da Carta Republicana de 1988, por intermédio do art. 127, atribuiu-se ao *Parquet* total independência e autonomia funcional tendo por objetivo precípuo garantir – efetivamente – os direitos dos cidadãos acima de qualquer interesse, inclusive contra o próprio ente estatal no caso de descumprimento de seus deveres constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Nesta seara, incumbe ao Ministério Público zelar pela observância das ações/programas de competência do poder público afetos aos serviços de saúde que devem ser prestados à população, através de medidas coercitivas preventivas ou mesmo curativas, as quais serão instrumentalizadas por atuação extrajudicial ou através de ação judicial específica.

Germano Schwartz na obra “*Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 176, disserta:

“A Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer o Brasil como um Estado Democrático de Direito, elevou o Ministério Público a uma das mais importantes estruturas de nossa sociedade.

O órgão ministerial é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, CF/88).

A partir da CF/88, o Ministério Público passou a exercer funções várias. Todavia, as mais destacadas são as de guardião da sociedade, vigilância e defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e/ou individuais e indisponíveis, garantia do respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados aos cidadãos; e, ainda, facilitar o acesso da sociedade aos direitos fundamentais do homem.

Atendendo ao sentido do Estado Democrático de Direito, da mesma forma que respeitando suas funções institucionais e constitucionais, em especial a defesa do regime democrático, o Ministé-

rio Público tem o dever, portanto, de buscar a concretude do direito posto e implementá-lo na prática, com o intuito de modificar a realidade do direito e do imaginário de seus operadores, transformando-a em um ordenamento jurídico que realmente reconheça os direitos sociais, e, principalmente, a saúde.”

E, mais adiante ressalta:

“A Lei nº 8.625/93, em seu artigo 25, IV, *a*, e VII, é concordante com as determinações constitucionais relativas aos deveres do Ministério Público, tornando a proteção da saúde também uma função institucional do órgão ministerial.

Exerce, pois, o Ministério Público, papel determinante na busca pela efetivação do direito à saúde.

‘A busca da efetivação dos direitos sociais, pela via processual ou extraprocessual, deve levar o Ministério Público à realização do acesso aos direitos fundamentais às milhões de pessoas que vivem à margem do direito. O caminho do Ministério Público, como Instituição da sociedade, deve ser, também, o de efetivação da saúde pública.’ (Cláudio Barros Silva, 1995, pág. 109)

Esse corolário de princípios e normas conferem ao MP a legitimidade para propor ação civil pública e promover inquérito civil (art. 129, III, CF/88), tendentes à defesa da saúde, visto que o direito à saúde é interesse difuso e coletivo, e, também, por ser a saúde um serviço de relevância pública.” (pág. 178)

Denota-se uma plena admissibilidade de legitimação do Ministério Público a dar ensejo em demandas que tenham por escopo a defesa de direitos sociais, especificamente, por ser objeto deste estudo, acerca da atuação para implementação de políticas públicas garantidoras do bem fundamental da vida quando caracterizado o descumprimento do ente estatal a obrigações constitucionais e infraconstitucionais.

3. DO DIREITO À VIDA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL DO SER HUMANO NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE SALVAGUARDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ACESSO A UM SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE DE QUALIDADE E SEGURANÇA

Sobre o dever do poder público em proporcionar a garantia à saúde da população, dispõe o art 196, da carta republicana de 1988:

“Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Inobstante tal mandamento constitucional, o artigo seguinte (197) do referido texto republicano expressamente consagra a necessidade de serem empreendidos esforços para o cumprimento de tal dever pelo Poder Público ao elevar o tema a uma relevância pública, senão vejamos:

“Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Extrai-se a necessidade de cumprimento por parte do poder público dos deveres inerentes à prestação do serviço público de saúde à população usuária, impondo-se sobremaneira a adoção de medidas coercitivas no âmbito judicial quando inexistentes políticas públicas ou mesmo, ainda que existentes, mas deficitárias que não ensejem minimamente suficiente a prestação do serviço público de saúde garantidora do direito à vida.

José Afonso da Silva, in “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, 13ª ed., Ed. Malheiros, págs. 761 e 762, afirma:

“A *saúde* é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle* do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los

diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o *controle* das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.”

Em assim sendo, como é que se pode admitir ser incumbido ao poder público exercer o controle e fiscalização sobre os serviços relacionados à saúde da população se os mesmos entes públicos, não somente pela deficiência, mas, o que é mais grave, pela ausência de políticas públicas, colocam em risco a vida da própria população que procura atendimento de ações, programas e/ou serviços públicos de saúde? Em resposta, permitir-se-ia dissertar sobre diversas causas neste trabalho. Mas, certamente, há uma que pode ser considerada como gênero: a falta de compromisso com as normas constitucionais e infraconstitucionais por parte dos agentes públicos (in)competentes, que investidos na função pública para bem e fielmente levarem qualidade na prestação do serviço público de saúde aos usuários, acabam, na verdade, ao tomarem conta dos cargos – como se fossem seus feudos – por deixar a margem uma imensidão de pessoas que cada vez mais têm seus direitos e garantias sociais e fundamentais relegados à própria sorte.

Em estudo denominado “*Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*”, in Revista de Direito do Consumidor, nº 67, julho/setembro 2008, Ed. RT, pág. 139, os professores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchthner Figueiredo se pronunciaram:

“Relativamente aos seus destinatários, o direito à saúde tem como sujeito passivo principal o Estado, como ocorre, aliás, com a generalidade dos direitos fundamentais sociais. Cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (notadamente no sentido de não interferência na saúde dos indivíduos) e positiva (v.g., organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente materiais necessários à prestação da assistência à saúde).”

Na verdade, demonstra-se que, além do descumprimento aos deveres constitucionalmente estabelecidos ao poder público na assistência social, aí incluída a saúde, houve por bem a carta republicana assegurar o direito inviolável à vida (art. 5º), além de elevar o direito à saúde como um direito social (art. 6º) e, portanto, a constituir-se em direito fundamental do ser humano.

A carta magna de 1988, em seu art. 6º “caput”, fez mais do que simplesmente atribuir ao poder público o dever pela promoção da saúde à população, vindo a elevar esse direito social a uma categoria de direito fundamental, justamente, para que, justamente, possam ser empreendidos esforços e adotadas políticas públicas para garantia da saúde daqueles que necessitem da prestação do específico serviço público essencial.

Entretanto, não bastasse o texto normativo – de eficácia plena – que serve como fonte de orientação para a efetivação das garantias fundamentais, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.080/09 (Lei do SUS) diretrizes que devem nortear os atos do poder público à saúde.

O legislador constituinte originário e o infraconstitucional procuraram salvaguardar o direito do cidadão ao acesso à saúde de forma digna e condizente com os valores insculpidos como fundamentais, impondo aos entes federativos o dever de bem e fielmente cumprir com as políticas públicas sociais colocadas à disposição da população de forma ampla e eficiente.

Quando se está diante da correta prestação do serviço público essencial da saúde não há como olvidar-se que, assim, garantir-se-á de forma efetiva a vida do ser humano e, por conseguinte, conferindo observância ao fundamento republicano democrático da dignidade da pessoa humana.

Por sinal, atente-se ao disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXV, cujo texto assinado pelo Brasil, teve o escopo de possibilitar o reconhecimento por todos os países signatários dos direitos que os seus povos possuem, encontrando-se redigido nos seguintes termos:

“Artigo XXV.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.”

Mariana Filchiner Figueiredo in “*Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 56, ao concluir uma análise sobre as características e definição do princípio da dignidade da pessoa humana, enfatiza:

“Feitas essas considerações, pode-se compreender que a dignidade da pessoa humana abrange a qualidade inerente a todo ser humano, no sentido de que não possa ser tratado como objeto, disso resultando o reconhecimento de direitos, a que correspondem deveres do Estado e da sociedade, que de cunho defensivo, visando à proteção da dignidade contra atos de violação; quer por meio de prestações positivas, que viabilizem os meios e implementem as medidas de proteção e concretização da dignidade de todas as pessoas, visando ao desenvolvimento de cada uma. Tanto a garantia de níveis mínimos de existência digna, quanto os direitos referidos à participação do homem nas decisões da comunidade tornam real a dignidade tutelada pela ordem constitucional. ‘Em tal sentido, a garantia de liberdade do homem da *Grundgesetz* é um início aberto, mas paradoxalmente ao mesmo tempo também um fim, um epílogo e uma exclusão, por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica específica, separada da outra’, nas palavras de Hofmann, válidas para a Constituição brasileira, no que concerne à compreensão da dignidade da pessoa humana como fundamento e fim do Estado.”

E mais adiante ao abordar sobre o regime jurídico específico do direito à saúde no Brasil, afirma:

“No direito constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no art. 6º, *caput*, e, em mais detalhes, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental material e formalmente. Assevera Sarlet que a fundamentalidade do direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológico-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no art. 5º, § 1º, do texto constitucional. Já a fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde como bem jurídico tutelado pela norma constitucional, diretamente relacionado a outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.” (ob. cit., pág.85/86) (grifo nosso)

O que se quer dizer diante dessas exposições doutrinárias, é que há a necessidade dos poderes públicos competentes conferirem à sua respectiva sociedade um mínimo de dignidade na prestação do serviço público de saúde cuja efetivação por intermédio de políticas públicas permitir-se-á a garantia do direito à vida.

Há de se garantir um atendimento eficiente e, sobretudo, suficientemente eficaz, no tocante às ações/programas assistenciais de saúde pública, a fim de que as metas constitucionais possam ser alcançadas e, conseqüentemente, a sociedade como um todo venha a sentir-se verdadeiramente segura que seus direitos fundamentais não serão violados.

4. AJUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE QUANDO DEMONSTRADA A OMISSÃO OU INEFETIVIDADE DOS PODERES PÚBLICOS COMPETENTES FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL

Muito se tem ventilado pelos defensores do “*realismo jurídico*” sobre eventual impossibilidade de se conferir viabilidade ao Poder Judiciário para interferir em questões que *a priori* poderiam refletir como questão **eminentemente administrativa**, quando, na verdade, torna flagrante o descaso por parte dos entes públicos competentes nos seus deveres legais na área da saúde.

Aqui, diga-se, não tratar de substituir o administrador no exercício de suas atribuições e competências. Mas, tão somente, tornar efetiva a observância às normas impositivas que determinam o cumprimento de um dever, ainda mais, quando refletido por um componente do direito social, suficientemente capaz de atingir a dignidade da pessoa humana.

Não é de forma aleatória que são determinadas medidas coercitivas no âmbito do Poder Judiciário em relação aos entes públicos responsáveis pelo dever de prestar a assistência de saúde à população. Na verdade, acabam por serem impostas diante de situações concretas em que perfeitamente caracterizada omissão na implementação de garantias de bens fundamentais como da vida ou, ainda, quando perfeitamente demonstrada a ineficiência do serviço público.

Ao fazer um estudo desse papel, também, afeto ao Poder Judiciário, Germano Schwartz, na obra “*Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 51, afirma:

“Outra colocação necessária é a de que o direito à saúde é um direito fundamental do homem (Silva, 1995), forte na Declaração Universal dos Direitos do Homem e com base na sistemática adotada pela Constituição Brasileira e em um constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro (Cittadino, 1999), em que, utilizando-se de uma validade derivada de todos os atores que influem no processo de concretização de uma constituição – quaisquer que sejam eles (comunidade, política, direito, ...) – e tendo como norte a ideia de uma constituição aberta, os direitos fundamentais positivados são legitimados justamente por esse grupo de intérpretes, visto que tais direitos ‘fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica’ (Cittaino, 1999, p. 18).

Para Sueli Dallari (1988), o fato de a saúde ser direito fundamental do homem é indiscutível, pois ‘ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde’. (p. 57)

Por ser o direito fundamental do homem à saúde um direito auto-aplicável) vide art. 5º, § 1º, CF/88), essa compreensão passa a ser um dos pilares da efetivação de tal direito, como se demonstrará, destacando, assim, ao Poder Judiciário um papel decisivo nesse sentido.”

E mais adiante, com notável conhecimento da questão doravante posta, prossegue:

“Porém, adiantando o que se exporá neste ponto, pode-se afirmar que o corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a ideia de que a saúde é *direito fundamental do homem*, tornando a norma do art. 196 da CF/88 auto-aplicável e de eficácia imediata. Que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196), e que a atuação do Poder Judiciário ocorrem em momento posterior, onde se constata a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde.” (ob. cit., pág. 57)

Defere-se, dessa forma, ao **órgão** jurisdicional a admissibilidade jurídica de efetivar a garantia de prestação do serviço público minimamente digna aos anseios da população e que possam de fato efetivar as políticas públicas quando ausentes ou deficitárias.

Não se pode conceber que em caso de constatação clara e evidente da inércia do poder público competente no cumprimento e observâncias dos deveres impostos pela legislação, incumbirá ao Poder Judiciário – instituição de refúgio para garantia dos direitos da população afrontados – tornar efetiva a concretização de medidas que poderiam, ou melhor, deveriam ter sido adotadas pelo ente público, mas que não foram por descaso e/ou improbidade administrativa.

Por sinal, a Corte Suprema no AI 664.053, tendo sido relator o Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar uma situação que tinha como debate jurídico o tema ora exposto, admitiu “*a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública.*”

Assim, não trata-se tão somente de uma faculdade do julgador a adoção de medidas coercitivas para implementação de obrigações de natureza positiva e até mesmo negativa em face dos entes estatais quando estes forem desidiosos nos seus deveres legais, mas, sim, num “*poder-dever*” conferido ao magistrado para que, diante da situação calamitosa de omissão estatal, possa efetivar um pronunciamento judicial que afetará substancialmente a um número indeterminado de pessoas com a concretização da respectiva política pública.

Essa atuação supletiva por parte do **órgão** jurisdicional, quando cabalmente demonstrada uma situação concreta relacionada à saúde pública, onde se tem uma nítida exposição a risco da vida de pessoas e, por conseguinte, violação direta ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, não poderá ser afastada sob o argumento de ofensa aos princípios da separação de poderes e da reserva do possível.

Lenio Luiz Streck na obra “*Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direitos Constitucional, Internacional e Comparado*”, Ed. Renovar, pág. 201, com brilhantismo salienta:

“Em razão do que foi exposto, não há dúvidas em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar a assumir uma postura passiva diante da sociedade. Nessa perspectiva aqui sustentada, entendendo que o Poder judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm procedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição).”

A concretização de direitos fundamentais é pressuposto da democracia e, portanto, incumbe ao Poder Judiciário – intérprete e aplicador da lei – a crucial observância à proteção mínima existencial da garantia à vida e saúde do jurisdicionado.

Observa-se uma atuação de verdadeiro guardião dos direitos constitucionais e fundamentais do ser humano, onde são deixados de lado conceitos doutrinários arcaicos, buscando-se, justamente, ir ao encontro dos anseios sociais reproduzidos na carta republicana de 1988.

E, assim, como agente transformador e sob os olhos voltados, ainda, para a justiça social na efetivação de garantia à saúde, a interferência supletiva em assuntos da administração **pública – e não intromissão injustificável – pelo órgão** jurisdicional deve ser visto sob o prisma da implementação do exercício da cidadania.

Quanto à denominada reserva do possível, em tratando-se de bem fundamental à vida, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador **público, ao contrário, posto que há de** ser imposta uma advertência de que as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com desconfiança.

João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza em artigo jurídico constante na Revista IOB de Direito Administrativo, nº 28 – abril/2008, deixam claro a seriedade com que o tema deva ser debatido quando demandado nos tribunais, senão vejamos:

“Além da criatividade, precisa-se de coragem para enfrentar os relevantes problemas sócio-políticos que, tradicionalmente, não diziam respeito ao Judiciário. Aquela postura de antigamente, em que o Judiciário ‘varria para debaixo do tapete’ a solução de problemas fundamentais, através de expedientes citados neste trabalho, como, por exemplo, a discricionariedade absoluta do administrador e do legislador, a vedação de atuação do juiz como legislador positivo, a inexistência de previsão orçamentária, não pode ser mais tolerada.

Diante de normas dotadas de *fundamentalidade*, como direito à saúde, exige-se uma postura menos passiva, atuando o Judiciário como um *catalisador* da vontade constitucional, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiro, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.”

O que se quer dizer é que não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial, é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de um Estado puramente econômico, que, possa, na verdade, ensejar uma anti-Constituição, contra tudo o que a *lex fundamentalis* consagra em matéria de direitos sociais.

O argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o poder público demonstrar satisfatoriamente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação dos interesses em jogo.

Ademais, perfilhando sob essa visão hermenêutica do sistema político-jurídico brasileiro quando se vem a lume garantir judicialmente bens fundamentais, *in casu* a vida, as políticas públicas, que devem garantir ao cidadão o direito à saúde, são originadas por normas cogentes, impositivas e, portanto, tendo como destinatário o gestor **público**.

Desse modo, deve-se ter muita cautela ao examinar determinada questão e não pretender que se exija que o cidadão adapte as suas moléstias às políticas estabelecidas pelo administrador, quando o sentido legal e legítimo é, justamente, o contrário: o gestor, através da efetiva implementação de políticas públicas, é que deve garantir serviços de saúde à população por intermédio de regramentos normativos que viabilizem formalmente este processo de garantia do bem fundamental da vida.

Ademais, ainda que alguns ainda tenham em mente que tal instituto da reserva do possível não possa ser afastado por completo nestas situações, não pode-se deixar de olvidar a incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo-se, contudo, sempre em mente que a prioridade é a saúde e, assim sendo, a dotação orçamentária tem que se adaptar às necessidades da população, a justificar a assertiva de que jamais se poderá em falar na reserva do possível com relação às políticas públicas de saúde que o próprio Estado, previamente, se dispôs a cumprir.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, uma vez violado o direito fundamental à saúde e, por conseguinte, estiverem ameaçados a preservação da vida e a dignidade da pessoa humana, não restará outra solução senão a pronta intervenção judicial, para que o Estado-Juiz, por intermédio da autoridade competente, possa estabelecer as condições indispensáveis para a prestação mínima do serviço público essencial de saúde, notadamente ao caso apresentado.

A lei maior, no que concerne aos direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações, mas, sim, conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ –ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

7. BIBLIOGRAFIA

- SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51 e 176.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, p. 761-762.
- SARLET, Ivo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 67, julho/setembro 2008, p. 139.
- LEAL, Rogério Gesta. *Coleção Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 9, outubro/dezembro 2007, p. 91-92.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 176.
- AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 26, julho/dezembro 2007, p. 57.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 2 ed. São Paulo: RT, p. 790-791.
- STRECK, José Luiz. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 28, abril 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá.
- BARROSO, Luí Roberto. *O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 737, ano 86, mar. 1997.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.
- FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.
- FREITAS CAMPOS, Sergio Pompeu de. *Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- SARLET, Ivo Wolfgang; BENETTI TIMM, Luciano. (Orgs.) *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

*EVASÕES DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: ATUAÇÃO DO CENTRO DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, COM BUSCA E APREENSÃO JUDICIAL EM CARÁTER EXCEPCIONAL*¹

EPAMINONDAS DA COSTA*

SÍNTESE DOGMÁTICA

As medidas específicas de proteção previstas no art. 101 da Lei n. 8.069 de 1990 estão destituídas da feição de *encarceramento compulsório*, seja porque elas não decorrem da prática de infração penal, seja porque elas não se originam do cometimento de ato infracional. Então, a expedição de uma espécie de *mandado de recaptura do evadido* do serviço de acolhimento institucional representa verdadeiro contrassenso.

Por isso, a salvaguarda dos direitos do *evadido* do serviço de acolhimento institucional deve ficar a cargo do Poder Público local, no âmbito do sistema único de assistência social, em homenagem ao princípio estatutário da municipalização do atendimento. Enfim, incumbe à própria entidade de acolhimento, em parceria com o centro de referência especializado de assistência social (serviço especializado de abordagem social) proceder à busca ativa do *evadido*, persuadindo-o a retornar àquele local de proteção, caso isto seja de fato necessário.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Crianças e adolescentes. Acolhimento institucional. *Evasões*. Expedição ordinária de mandado judicial de busca e apreensão. Contrassenso.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE
*Promotor de Justiça em Uberlândia-MG

RESUMO

O art. 101, VII da Lei n. 8.069 de 1990 define o acolhimento institucional, de forma expressa, como sendo “medida específica de proteção”. Há, também, o seu enquadramento legal como serviço de assistência social da alta complexidade, nas modalidades de “abrigo institucional” e “casa lar”. Isto significa, portanto, que ele não pode ostentar feições de medida compulsória, em que a *evasão* do ambiente de acolhimento institucional deva acarretar, necessariamente, a determinação judicial *ordinária* da busca e apreensão do *evadido*. Há determinadas situações em que isto pode acontecer, de acordo com o que será discutido adiante.

Por sua vez, a política nacional de assistência social está fundada, sabidamente, na lógica da adesão espontânea dos usuários em geral às ações e/ou serviços que lhes são ofertados, seguindo, para tanto, diretrizes da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Derradeiramente, o emprego do verbo “evadir” neste texto possui por sinonímia “evitar”, “desviar”, “livrar-se” ou, ainda, “retirar-se”, lembrando-se de que o acolhimento institucional não se confunde com medida privativa de liberdade; esta última, decorrente da imposição de pena ou de medida socioeducativa, em que a saída desautorizada encerraria verdadeira fuga.

Palavras-chave: Evasões; Abrigos; Acolhimento Institucional; Mandado de busca e apreensão; Excepcionalidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa o resultado bastante resumido das conversas e das reflexões realizadas por seu autor com estudiosos da Associação dos Pesquisadores de Núcleos de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e o Adolescente – NECA –, com sede em São Paulo, capital. O encontro em questão ocorreu no dia 17 de setembro de 2015, na referida Associação.

Inspirou-se, também, na experiência desenvolvida há vários anos por destacada entidade privada de acolhimento institucional localizada na mesma cidade suprarreferida, denominada Casa das Expedições; nesta, crianças e adolescentes, que façam uso de substâncias psicoativas, convivem normalmente com outras crianças e adolescentes sem quaisquer vícios, num mesmo espaço físico. Na Casa das Expedições, é proibido, por exemplo, que, nas hipóteses de *evasões* de criança ou de adolescente ou de algum acolhido voltar da rua drogado, haver a sua expulsão da entidade ou a Polícia ser acionada. Profissionais da instituição se encarregam de localizá-los e de os trazer de volta, fazendo-o, porém, sem coação e de forma persuasiva, dando-lhes tempo, inclusive, para adotar, espontaneamente, a decisão do retorno ao ambiente de acolhimento institucional.

O fato é que tem sido bastante angustiante e até embaraçosa, em certo sentido, a prática que vem sendo adotada em muitos lugares, consistente na determinação judicial da busca e apreensão de adolescentes, principalmente, que se recusem a permanecer no serviço de acolhimento institucional, justamente pela ausência até então do apontamento técnico de outras alternativas viáveis, legítimas e eficazes.

Como consequência dessa institucionalização “compulsória”, não é raro que adolescentes se rebelem, se revoltam ou adotem atitude desafiadora em relação a dirigentes de instituições e os coordenadores destas, fazendo-o, ainda, em relação a autoridades públicas que intervenham no caso.

DISCUSSÃO DO TEMA

O assunto ora tratado é demasiado sério, a começar pelo fato de que a referência a acolhimento institucional pressupõe, legalmente, que a permanência de crianças e de adolescentes em tal local seja deveras temporária e excepcional, tendo por objetivo a promoção da proteção integral destes, o que nem sempre acontece, tendo em vista os seguintes motivos, dentre outros:

- a) período longo de institucionalização, quer em razão da demora na definição da situação jurídica do acolhido – promovendo-se a reintegração familiar ou a disponibilidade para a adoção –, quer porque a colocação em lar substituto não foi possível, seja por depender do consentimento do adolescente, seja por falta de candidatos interessados nesse “acolhimento substitutivo”;
- b) regras de convivência no ambiente institucional pouco claras e sem a participação dos adolescentes em sua construção e aperfeiçoamento e, mais ainda, sem a definição prévia das *medidas educativas* cabíveis diante da violação de tais regras, com inobservância, portanto, de exigência legal básica;
- c) desenvolvimento das atividades ordinárias no serviço de acolhimento institucional sem seguir uma metodologia própria e, via de consequência, com ausência ou a promoção descontínua da capacitação dos profissionais que trabalham com esse serviço, inclusive dos *educadores sociais*;

- d) falta ou reduzida autonomia das equipes técnicas, especialmente no planejamento e na execução das ações estratégicas com os atendidos, positivando-as no plano individual de atendimento (PIA);
- e) aspirações dos atendidos permeadas de irremediáveis frustrações; e
- f) aspectos comportamentais neurocientíficos².

Em relação ao ponto específico denominado “aspectos comportamentais neurocientíficos”, a Professora Dra. Isa Guará, pesquisadora do NECA, fez lembrar que há estudos recentes da Neurociência mostrando que a adrenalina produzida pela experiência da “vivência de rua” pode, em muitos casos, tornar insuportável, psicologicamente, a aceitação da institucionalização. Sem contar que nem sempre esta medida se traduz, efetivamente, em proteção condizente com as aspirações legítimas dos acolhidos.

Com efeito, a par de o acolhimento institucional estar definido no art. 101, VII da Lei n. 8.069 de 1990, de forma expressa, como sendo “medida específica de proteção”, não se pode esquecer, também, de que o seu enquadramento legal é o de serviço de assistência social de alta complexidade. Isto significa, portanto, que ele não pode ostentar feições de medida compulsória, em que a *evasão* do ambiente de acolhimento institucional deva acarretar, necessariamente, a determinação judicial *ordinária* da busca e apreensão do *evadido*.

Excepcionalmente, porém, quando a criança ou o adolescente estiver sob o poder ilegítimo de alguém, por exemplo, mormente por meio de coação, expedir-se-á o competente mandado de busca e apreensão, após o cumprimento das formalidades necessárias (art. 240, § 1º, letra “g” do Código de Processo Penal, subsidiariamente).

A rigor, a política nacional de assistência social está fundada na lógica da adesão espontânea dos usuários em geral às ações ou serviços que lhes são ofertados, seguindo, para tanto, diretrizes da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Aliás, não é à toa que o destacado doutrinador e membro do Ministério Público paranaense, Murillo José Digiácomo, tem ensinado, com enorme clareza e eloquência, dentre outras coisas, o que se segue, após responder à seguinte questão: “Consulta: Adolescente acolhido – Fuga – Busca e apreensão – Responsabilidades”³.

“(…)

Quanto à “busca” do adolescente, se estamos diante de um possível crime de sequestro ou “subtração de incapaz”, ou ainda é necessário o acesso a um local considerado “perigoso”, a intervenção da polícia é FUNDAMENTAL, sendo que, independentemente de acompanhamento da diligência pelo Conselho Tutelar, este pode, se necessário, “requisitar” colaboração dos órgãos de segurança pública (art. 136, inciso III, alínea “b”, do ECA).

A depender da situação, será necessário, inclusive, ajuizar AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, de modo que o Poder Judiciário autorize a realização de BUSCA DOMICILIAR e retirada do adolescente da “posse” de quem injustamente a detenha. Vale lembrar a propósito, que segundo o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”, sendo certo que, em havendo “ordem judicial” de busca e apreensão, quem deve cumprir a diligência são os OFICIAIS DE JUSTIÇA, se necessário, devidamente auxiliados pela FORÇA POLICIAL.

“(…)

Da mesma forma, considerando que, na forma da lei, o DIRIGENTE DA ENTIDADE DE ACOlhIMENTO é considerado o “RESPONSÁVEL LEGAL” pela criança/adolescente (art. 92, §1º, do ECA), seria razoável que este acompanhasse a diligência (a menos que seja demonstrado que eventual abuso por este praticado tenha sido um dos motivos da “fuga” do adolescente).

O próprio pedido de busca e apreensão, aliás, poderia ser ajuizado pelo Dirigente da entidade de acolhimento, embora o Ministério Público também tenha legitimidade para tanto (podendo ser neste sentido provocado pelo Conselho Tutelar ou por terceiros).

Vale também dizer que, em condições “normais”, quando não se vislumbra a necessidade de intervenção policial, quem deve ir buscar criança/adolescente acolhida que esteja indevidamente em local diverso, é o próprio dirigente da entidade de acolhimento, sendo para tanto acompanhado/auxiliado pela equipe técnica que a esta presta serviços (sendo certo que a presença de tal equipe técnica junto à entidade de acolhimento é OBRIGATÓRIA - e deve

²“Neurociência comportamental: ligada diretamente à psicologia, especialmente a psicologia comportamental. Relaciona o estudo do organismo com o meio, centrando o seu estudo sobre os comportamentos internos, como pensamentos, emoções e os comportamentos visíveis como a fala, gestos e outras ações, em geral”. Em <http://www.psicologiamsn.com/2014/01/o-que-e-neurociencia.html>. Acesso em 21/09/2015.

³ <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1649> – CAOPCAE – Área da Criança e do Adolescente. Acesso em 21/09/2015.

ser EXIGIDA pelo Conselho Tutelar), não havendo, a rigor, necessidade de intervenção do Conselho Tutelar ou do CREAS”.

É forçoso reconhecer, a propósito, que a *evasão* constante do ambiente de acolhimento institucional, a par de ser “(...) *indicativo de possíveis problemas na entidade (e/ou da inadequação do acolhimento como medida adequada aos interesses concretos manifestados - de maneira expressa ou ‘implícita’ - pelo adolescente*” (sem destaques no original), conforme adverte Murillo Digiácomo no mesmo estudo acima mencionado, enuncia, obviamente, que o adolescente poderá estar em situação de *risco pessoal*, certamente vivendo nas ruas, frequentando ou residindo em ambientes impróprios à sua condição de pessoa em peculiar fase de desenvolvimento ou, ainda, exercendo atividades ilícitas, sem a necessária proteção familiar ou social.

A situação acima apontada, de cunho eminentemente social, podendo, eventualmente, produzir desdobramentos no campo jurídico, é daquelas hipóteses abrangidas por importante política pública nacional, sem a necessidade da sua pronta “judicialização”, ou seja, o seu enfrentamento deve ocorrer no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

De fato, nas conversas mantidas no NECA, em São Paulo, consoante afirmado alhures, além ter sido trazido a lume aspectos comportamentais estudados pela Neurociência sobre o assunto em tela, destacou-se, principalmente, a existência da tipificação nacional do serviço próprio para lidar com a presente questão.

Tem-se, assim, a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS –, tendo exatamente por objeto o seguinte: “Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.”

A propósito, na relação dos Serviços da Proteção Social Especial de Média Complexidade, desenvolvidos pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS –, há o Serviço Especializado em Abordagem Social, assim caracterizado:

“DESCRITÃO: Serviço ofertado de forma continuada e programada com a finalidade de assegurar trabalho social de abordagem e busca ativa que identifique, nos territórios, a incidência de trabalho infantil, exploração sexual de crianças e adolescentes, situação de rua, dentre outras. Deverão ser consideradas praças, entroncamento de estradas, fronteiras, espaços públicos onde se realizam atividades laborais, locais de intensa circulação de pessoas e existência de comércio, terminais de ônibus, trens, metrô e outros.

O Serviço deve buscar a resolução de necessidades imediatas e promover a inserção na rede de serviços socioassistenciais e das demais políticas públicas na perspectiva da garantia dos direitos.

TRABALHO SOCIAL ESSENCIAL AO SERVIÇO: Proteção social pró-ativa; conhecimento do território; informação, comunicação e defesa de direitos; *escuta; orientação e encaminhamentos sobre/para a rede de serviços locais com resolutividade*; articulação da rede de serviços socioassistenciais; articulação com os serviços de políticas públicas setoriais; articulação interinstitucional com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos; geoprocessamento e georeferenciamento de informações; elaboração de relatórios” (os destaques são deste autor).

Vê-se, assim, que a obrigatória “*articulação com os serviços de políticas públicas setoriais e a articulação interinstitucional com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos*”, com a inclusão, naturalmente, do Poder Judiciário e do Ministério Público, na interlocução resolutiva a ser feita pelo CREAS, poderá propiciar que a criança ou o adolescente *evadido* do serviço de acolhimento institucional seja colocado em situação de proteção, mas sem o caráter da compulsoriedade, e sim mediante a conscientização, a motivação e a persuasão da pessoa em “situação de risco pessoal, familiar e/ou social”, sob metodologia específica do SUAS.

Nunca é demais ser lembrado que nem sempre essas *fugas* do acolhimento institucional encerrarão a colocação do *evadido* em situação de “risco pessoal ou social”, porquanto existem hipóteses em que a *saída furtiva* da instituição de acolhimento acontece visando ao atendimento da aspiração legítima de constituição de uma família. Isto ocorre, muitas vezes, a partir do fato de que a adolescente, por exemplo, passa a viver a experiência de possuir um lar, verdadeiramente, ao lado da pessoa escolhida para ser o seu companheiro. É curioso observar que existe total possibilidade de que esse relacionamento seja bom e construtivo na vida da *evadida*, além de propiciar que ela conte com o afeto e o apoio da família do companheiro.

Portanto, pode-se afirmar que a *evasão* do serviço de acolhimento institucional, sobretudo quando repetitiva, e desde que não seja motivada por maus-tratos naquele local, representa, em última análise, a recusa do(a) adolescente, principalmente, ao

controle judicial de questões essencialmente sociais, biológicas ou naturais, tais como a busca do restabelecimento dos laços familiares, a concretização das suas aspirações próprias de vida e/ou outras coisas mais. São questões que devem ser tratadas, por óbvio, no âmbito do SUAS.

Daí que, na experiência *exitosa* da Casa das Expedições, em São Paulo, capital, a busca do *evadido* é realizada por educadores sociais daquela entidade, com 100% (cem por cento) de sucesso nessa localização. Porém, a criança ou o adolescente, que tenha deixado o serviço de acolhimento institucional por iniciativa própria, não é levado à força de volta àquela Casa; realiza-se a persuasão nesse sentido, com a garantia, inclusive, do tempo necessário para que o *evadido* tome a decisão espontânea do retorno à “institucionalização”. Esta estratégia possui notória harmonia com a política nacional de assistência social, em que a lógica do atendimento se caracteriza pela adesão espontânea dos usuários em geral aos serviços que lhes são ofertados – repita-se!

Nesse diapasão, tem-se que, à luz dos princípios da integralidade do atendimento e da intersetorialidade, dentre outros, que norteiam a política nacional de assistência social, pode e deve a própria entidade de acolhimento se encarregar da busca ativa da criança ou do adolescente em situação de “risco pessoal, familiar ou social”, após este esquivar-se à permanência no serviço de acolhimento institucional.

Além disso, o centro de referência especializado de assistência social, mantendo serviço próprio para a busca ativa de crianças e de adolescentes em “situação de risco pessoal, familiar e social”, poderá desincumbir-se da precitada localização e dos encaminhamentos pertinentes ao caso, fazendo-o em articulação com o conselho tutelar. Todavia, o desejável é que tal busca ativa seja realizada por quem tenha estabelecido vínculo de confiança com a criança ou adolescente *evadido*, passando-lhes a ideia de que são as pessoas da referida entidade que os querem ali – demonstração de afeto, porém sem se confundir com o amor familiar. Esta é, pois, a razão de ser desaconselhável a busca e apreensão por determinação do Poder Judiciário, salvo em casos excepcionais, posto que uma autoridade sem qualquer vínculo de afeto com o *evadido* estaria a “querer” o seu retorno à “institucionalização”, fazendo com que, portanto, o ato judicial seja muito mal recebido.

Destarte, afigura-se notória a impropriedade da determinação judicial *ordinária* da busca e apreensão na hipótese aqui analisada, posto que se trata de situação totalmente diversa daquelas em que a ordem judicial de recaptura seja ditada pela existência de um crime ou de um ato infracional; nestas, o legislador constitucional exige que a recaptura pelo Estado-administração esteja consubstanciada em ordem escrita expedida pelo Estado-juíz. Nas medidas específicas de proteção, incumbe ao próprio guardião ou responsável legal tomar a iniciativa protetiva e, somente quando necessário, deverá ser pleiteada a expedição do mandado de busca e apreensão ou de busca domiciliar. Isto ocorre, ilustrativamente, quando houver a necessidade de se adentrar uma residência, sem a autorização do dono ou, ainda, se existir risco para a integridade física do guardião ou responsável legal em realizar a busca em determinados ambientes, pessoalmente.

Veja-se: quando o preso foge do presídio, o Estado-juíz não se encarrega de recapturá-lo, limitando-se a expedir o mandado de prisão (de recaptura), justamente porque a Constituição Federal (CF) determina que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente...” (art. 5º, LXI, da CF). O referido mandado de prisão, destarte, operacionaliza o comando legal ora apontado, ou seja, ele é a ordem escrita exigida pelo legislador constitucional para a recaptura do fugitivo. Depois disso, caberá ao Estado-administração cumprir o seu papel, e somente ele!

Ora, se as medidas específicas de proteção não possuem a feição de *encarceramento compulsório*, seja porque elas não decorrem da prática de infração penal, seja porque elas não se originam do cometimento de ato infracional, como admitir-se, então, que as *evasões* do serviço de acolhimento institucional possam implicar na expedição da precitada ordem escrita de recaptura pela autoridade judiciária, além da insistência imprópria no seu cumprimento, numa espécie de assunção da responsabilidade direta do Estado-juíz pelo retorno do *evadido* ao local de origem (instituição de acolhimento)?

CONCLUSÃO

A salvaguarda dos direitos do *evadido* do serviço de acolhimento institucional deve ficar a cargo do Poder Público local, no âmbito do sistema único de assistência social, em homenagem ao princípio estatutário da municipalização do atendimento. Enfim, incumbe à própria entidade de acolhimento, em parceria com o centro de referência especializado de assistência social (serviço especializado de abordagem social) proceder à busca ativa do *evadido*, persuadindo-o a retornar àquele local de proteção, caso isto seja de fato necessário.

Uberlândia, 30 de novembro de 2015.

Anexo – Decisão judicial sinalizadora na linha defendida nesta tese jurídica

Autos nº: 0702.13.072774-7

Espécie: Medida de Proteção

Vistos.

Considerando que o estudo psicossocial de fls. 156/159 evidencia que, apesar de ter se evadido da instituição, a adolescente L. S. F. encontra-se adaptada na família em que foi recebida, bem como que as técnicas do juízo consideram não haver condições para o retorno da adolescente ao acolhimento institucional, e, tendo em vista o parecer ministerial de fls. 165/169, decreto a extinção deste feito, no que tange à adolescente L. M. F., devendo a presente medida de proteção prosseguir em relação à criança R. M. A. S.

Ademais, no tocante aos requerimentos ministeriais de expedição de guia de desligamento e de revogação da decisão de busca e apreensão de L., observo que a guia de desligamento foi expedida às fls. 141/142 e os mandados de busca e apreensão recolhidos (fls. 160/164).

Remetam-se os autos ao Serviço de Apoio para que um de seus comissários entre em contato com a instituição de acolhimento requisitando que a ICASU devolva os documentos pessoais de L. à adolescente.

Cumprida a diligência acima, a Secretaria deverá encaminhar o presente feito para que proceda à inclusão do nome da criança R. M. A. da S. no SISCOM e na capa dos autos.

No mais, oficie-se ao CREAS requisitando o acompanhamento da adolescente L. M. F., incluindo-a nos programas municipais de orientação e auxílio à família. Ressalte-se no ofício que não é necessário o envio de relatório a este juízo porquanto, caso o órgão entenda necessário acionar o Judiciário, deverá promover a prévia representação perante o Ministério Público. Instrua o ofício com cópia de fls. 156/159.

Cumpra-se.

Uberlândia, 13 de novembro de 2015.

José Roberto Poiani

Juiz de Direito

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE¹

EPAMINONDAS DA COSTA*

SÍNTESE DOGMÁTICA

Diante do disposto nos arts. 100 e 152 da Lei n. 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, a aplicação subsidiária das novas normas processuais aos procedimentos regulados pelo citado Estatuto exige muita cautela, tendo em vista os princípios estatutários da *proteção integral e prioritária, intervenção precoce, atualidade e agilidade* no atendimento a ser dispensado às questões infantojuvenis.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Novo Código de Processo Civil. Aplicação subsidiária. Estatuto da Criança e do Adolescente. Singularidades.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

*Esta tese foi apresentada e aprovada por unanimidade no XII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, no período de 22 a 24 de junho de 2016, em Belo Horizonte-MG.

*Promotor de Justiça em Uberlândia-MG

INTRODUÇÃO

Diante do advento de nova legislação processual no cenário jurídico brasileiro, é natural que haja controvérsias quanto ao alcance da sua incidência em relação às legislações extravagantes ou especiais.

Tem sido bastante comum que essas legislações extravagantes façam referência à aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, conforme o caso. Então, é preciso que se observem critérios nessa aplicação subsidiária.

Aplicação restrita das novas regras processuais a procedimentos regulados pelo ECA

Por força das disposições do art. 152 da Lei n. 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, algumas regras procedimentais emergentes do chamado Novo Código de Processo Civil aplicar-se-ão a determinadas ações ou procedimentos previstos na referida Lei.

Todavia, essa aplicação subsidiária em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente exigirá a observância da compatibilidade das previstas novas regras com os princípios estatutários da *intervenção precoce, atualidade e agilidade no atendimento* às questões infantojuvenis (arts. 100, VI e VIII e 88, V e VI, respectivamente, do ECA).

Nunca é demais lembrar que o art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) enuncia a necessidade da existência de *legislação especial* ou *tutelar específica* (art. 227, VI, da CF), com vistas à *proteção especial* a ser assegurada a crianças e adolescentes. Há, assim, o microsistema de salvaguarda dos direitos infantojuvenis.

Consequentemente, se a aplicação de regra procedimental prevista na Lei n. 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil – vier a comprometer, de alguma forma, a celeridade da marcha processual, nos procedimentos regulados expressamente no ECA, aí, então, será afastada a sua incidência.

Veja-se: nas ações de perda e de suspensão do poder familiar há, sabidamente, o procedimento próprio traçado no ECA, com a indicação dos requisitos da petição inicial, prazo para a resposta dos requeridos, previsão da necessidade de que o rol de testemunhas, quando for o caso, conste da peça inaugural e da contestação, e outras coisas mais. Quis o legislador, assim, que esse procedimento especial concorresse, efetivamente, para o prolação célere do correspondente provimento jurisdicional, com vistas à imediata e concreta garantia do direito à convivência familiar e comunitária, quer no seio da família natural ou extensa, quer em família substituta, em caráter excepcional.

Registre-se, ainda, que o legislador estabeleceu prazo assaz exíguo para o processamento e julgamento das ações de perda do poder familiar, fixando-o em 120 dias (cento e vinte), a teor do disposto no art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a designação da audiência prévia de conciliação, com a fixação, em consequência, do termo inicial do prazo de contestação a partir desta, à evidência, comprometeria a resolução célere das demandas supracitadas. Todavia, nada impede que a contagem do prazo de defesa seja em dias úteis, posto que se afigura totalmente plausível aqui a aplicação subsidiária do CPC. A utilização deste critério legal não redundaria em considerável atraso na conclusão do feito.

Por outro lado, é até curioso observar que o legislador estatutário admite que os pais, ocasionalmente, renunciem ao exercício do poder familiar, e tanto assim é que eles podem concordar com a adoção, o que dispensará o estabelecimento de procedimento contraditório prévio para a decretação da perda do poder familiar.

Além disso, o art. 161 do ECA prevê que, quando não houver o oferecimento de contestação pelos requeridos e se estes estiverem em lugar conhecido e deixarem de comparecer à audiência judicial designada para a sua oitiva sobre o pedido inicial (art. 161, § 4º), será dispensada a produção de outras provas, numa espécie de admissão legal dos efeitos da revelia, em razão da confissão ficta quanto à matéria de fato.

Ainda assim, a realização da audiência prévia de conciliação, nos moldes indicados pelo Código de Processo Civil em vigor, atrasaria em muito a conclusão do processo de destituição do poder familiar, sobretudo se frustrados os objetivos da conciliação, consistentes na obtenção da concordância dos requeridos com a colocação em família substituta. Noutros termos, somente após a concretização desse ato processual (audiência de conciliação), teria início o prazo de defesa. Maior atraso haveria diante da ausência dos réus, tendo em vista que o prazo de defesa somente se iniciaria após a expedição e o cumprimento *postergado* do mandado de citação.

Destarte, nas ações de perda e de suspensão do poder familiar, tem-se que o indicativo do número máximo de testemunhas pode ser tomado de empréstimo do Código de Processo Civil, uma vez inexistirá ofensa aos princípios estatutários antes

mencionados. O mesmo se diga quanto às causas de impedimentos e de suspeições previstos no novel diploma processual civil, bem como em relação às formalidades legais a serem observadas na tomada de depoimentos e na intimação de determinadas autoridades ou de funcionários públicos.

Por sua vez, a ação de guarda, em sede de procedimento comum, e o pedido de tutela, no âmbito da jurisdição voluntária (orfandade), seguem as regras procedimentais do Código de Processo Civil.

Em relação à *guarda singular*, de natureza *administrativa*, que não implique no afastamento da criança ou do adolescente do seio da sua família, segue, por óbvio, as regras dos procedimentos de jurisdição voluntária, especialmente diante do disposto nos arts. 33, § 2º e 35 do ECA.

Essa medida denominada *guarda singular* aplica-se, frequentemente, nos casos de reintegração à família extensa, sobretudo nas hipóteses em que os pais estejam desaparecidos ou destituídos do poder familiar, sobrevivendo, então, algum parente com o qual a criança ou o adolescente possua vínculos de afinidade e de afetividade, e uma vez que esse interessado deseje obter a guarda em questão, principalmente para fins de adoção.

A rigor, a expedição do termo de guarda na espécie não teria o condão de oficializar a colocação em lar substituto, em sentido restrito, já que, nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei n. 8.069 de 1990, os laços de parentesco de um sobrinho com os tios, por exemplo, aliados aos vínculos de afinidade e afetividade, integram o conceito legal de *família natural ampliada*. Enfim, este documento judicial propicia a “representação ou a assistência legal” na prática dos atos da vida civil.

Em relação aos procedimentos especiais de habilitação à adoção e de apuração de infrações administrativas às normas de proteção à criança e ao adolescente, de igual forma, é inconcebível que haja a aplicação das novas regras processuais, salvo, neste último caso, quanto às causas de impedimento e de suspeição, intimação por oficial de justiça das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (art. 455, § 4º do CPC).

Os pedidos de autorização de viagem ao exterior, quando *judicializados*, de nomeação de curador especial (art. 142, parágrafo único do ECA) e outros semelhantes, tipicamente de jurisdição voluntária, deverão seguir, subsidiariamente, as regras estabelecidas nos arts. 719 e seguintes do CPC, por força do disposto no art. 152 do ECA.

No cumprimento de sentenças condenatórias por infração às normas administrativas de proteção à criança e ao adolescente, há, no ECA, a prescrição de regras procedimentais próprias, de modo que apenas quanto aos fundamentos legais para a suspensão do processo de cobrança forçada, bem como para a sua extinção, recorrer-se-á ao CPC ou à Lei de Execução Fiscal, conforme a opção que vier a ser adotada.

Por fim, em relação às ações civis públicas ajuizadas para o fim de se protegerem direitos infantojuvenis, no âmbito da Vara da Infância e da Juventude, o campo de incidência das novas normas procedimentais é muito maior, uma vez que a chamada Lei da Ação Civil Pública não traçou quaisquer procedimentos especiais, tendo estabelecido apenas algumas poucas regras processuais, notadamente quanto à legitimação e aos interesses a serem defendidos na forma dessa Lei.

CONCLUSÃO

A aplicação subsidiária das novas normas processuais aos procedimentos regulados pelo citado Estatuto exige muita cautela, tendo em vista os princípios estatutários da *proteção integral e prioritária*, *intervenção precoce*, *atualidade* e *agilidade* no atendimento a ser dispensado às questões infantojuvenis.

Uberlândia, 19 de abril de 2016.

AUDIÊNCIAS CONCENTRADAS E A OBRIGATÓRIA “ESCUTA TOLERANTE” DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE¹

EPAMINONDAS DA COSTA*

FERNANDA PINTO PEREIRA**

SÍNTESE DOGMÁTICA

À vista do disposto no art. 100 da Lei n. 8.069 de 1990, a privacidade, oitiva obrigatória, audiência empática, bem como a participação da criança e do adolescente na *definição da medida de promoção dos direitos e de proteção*, devem ser sempre resguardadas pelo magistrado, por ocasião da realização das denominadas audiências concentradas,

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Acolhimento institucional e familiar. Audiências concentradas. Audição empática, oitiva obrigatória e respeito à privacidade da criança e do adolescente.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

Esta tese foi apresentada e aprovada por unanimidade no XII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, no período de 22 a 24 de junho de 2016, em Belo Horizonte-MG.

*Promotor de Justiça em Minas Gerais

**Analista em Psicologia do MPMG

INTRODUÇÃO

Depois de vários anos de atuação perante a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Uberlândia, sobretudo após a utilização das audiências concentradas no âmbito da Justiça brasileira, a cada dia tem sido possível constatar quão importante se faz a “escuta tolerante” de crianças e de adolescentes em situação de acolhimento institucional e em família acolhedora, principalmente.

Essa expressão, “escuta tolerante”, tem sido utilizada pela eminente Professora Isa Guará, Mestre e Doutora em Serviço Social, de modo a indicar, dentre outras coisas, que tal audiência deva ocorrer num ambiente acolhedor ou em circunstâncias que a favoreçam espontaneamente, sem quaisquer constrangimentos.

Curiosamente, tem sido observado que, normalmente, crianças mais velhas e adolescentes querem falar reservadamente com o magistrado, sem a presença dos demais participantes do ato judicial, vistos muitas vezes como meros curiosos de sua história de vida. É natural que isto ocorra, posto que os acolhidos em “abrigo institucional” ou em “casa lar” geralmente são informados de que a sua permanência ou desligamento desses serviços depende da decisão do juiz da comarca, ou seja, eles passam a desejar o contato direto e exclusivo com essa autoridade, por ser a pessoa cuja escuta terá efeito prático.

Há, assim, a percepção *pragmática* de que valerá a pena revelar ao magistrado sentimentos íntimos, frustrações e aspirações, significando, portanto, que essa escuta não poderá ocorrer a torto e a direito, sem certos cuidados. Existem, ainda, os fundamentos psicológicos quanto a essa forma de atitude adotada por crianças e por adolescentes institucionalizados. Tais fundamentos serão apresentados adiante, resumidamente.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Inicialmente, deve-se registrar que as *audiências concentradas* foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por meio do Provimento n. 32 do Conselho Nacional de Justiça, datado de 24 de junho de 2013. Elas dizem respeito à análise da situação de crianças e de adolescentes em situação de acolhimento institucional ou em famílias acolhedoras.

Para tanto, o precitado Provimento prescreve, dentre outras coisas, que:

Art. 1º. O Juiz da Infância e Juventude, sem prejuízo do andamento regular, permanente e prioritário dos processos sob sua condução, deverá realizar, em cada semestre, preferencialmente nos meses de abril e outubro, os eventos denominados “Audiências Concentradas”, a se realizarem, sempre que possível, nas dependências das entidades de acolhimento, com a presença dos atores do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente, para reavaliação de cada uma das medidas protetivas de acolhimento, diante de seu caráter excepcional e provisório, com a subsequente confecção de atas individualizadas para juntada em cada um dos processos.

[...]

§ 2º Sugere-se o seguinte roteiro para a realização das audiências:

I - conferência pela vara, no Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), dos dados cadastrais da(s) entidade(s) de acolhimento a ela submetida(s), com a atualização completa dos seus dados;

II - levantamento prévio, a ser feito diretamente perante a(s) entidade(s) de acolhimento ou por ela encaminhado, da lista dos nomes das crianças e adolescentes ali acolhidos;

III - conclusão ao gabinete de todos os processos dos infantes listados no inciso anterior onde foi aplicada a medida protetiva de acolhimento, atuando-se desde já novos processos em favor dos acolhidos que, eventualmente, se encontrarem na instituição de forma irregular, ou seja, sem guia de acolhimento ou qualquer decisão judicial respaldando a institucionalização;

IV - designação das audiências e intimação do Ministério Público, Defensoria Pública, e representantes dos seguintes órgãos, onde houver, para fins de envolvimento único e tomada de medidas efetivas que visem abreviar o período de institucionalização:

- a) Equipe interdisciplinar atuante perante a vara da infância e juventude;
- b) Conselho Tutelar;

- c) Entidade de acolhimento e sua equipe interdisciplinar;
- d) Secretaria Municipal de Assistência Social;
- e) Secretaria Municipal de Saúde;
- f) Secretaria Municipal de Educação;
- g) Secretaria Municipal de Trabalho/Emprego;
- h) Secretaria Municipal de Habitação
- i) Escrivão(ã) da própria Vara.

Veja-se: inúmeros órgãos e autoridades serão convidados a participar das *audiências concentradas*, além da “*intimação prévia dos pais ou parentes dos acolhidos que com eles mantenham vínculos de afinidade e afetividade, ou sua condução no dia do ato*”.

As *audiências concentradas* visam a que sejam avaliadas, periodicamente, a adequação e a necessidade das medidas específicas de proteção em causa.

Por seu turno, o art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069 de 1990 –, ao tratar de alguns dos princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, estabelece, taxativamente, dentre outros, os seguintes:

“Art. 100. [...]”

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada.

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”.

Vê-se, assim, que o próprio legislador estatutário, de forma expressa e direta, determina que crianças e adolescentes devem ter a sua privacidade *intrínseca* resguardada, sobretudo por meio do “*respeito por sua intimidade*”. Aliado a isso, a criança – “*respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão*” – e o adolescente têm direito de ser “*ouvido, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada*”.

Consequentemente, por ocasião da realização das *audiências concentradas*, deve o magistrado, não só ouvir *crianças* com idade *superior a quatro anos* e adolescentes, ensejando-lhes a oportunidade de expressarem as suas dúvidas e aspirações ao julgador, como também perquirir se é desejo destes a manifestação na presença de inúmeras pessoas e/ou autoridades, que estejam presentes ao referido ato judicial. É comum e natural que crianças e adolescentes prefiram a conversa a sós com o magistrado à exposição pública dos seus sentimentos íntimos. Isto deve ser respeitado, quer em razão dos princípios legais suprarreferidos, quer em razão do que dispõe o art. 18 do ECA, ou seja, é “*dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor*”.

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA “ESCUTA TOLERANTE”

A escuta que aqui se quer defender deve ser caracterizada por uma audição empática, acolhedora, de modo a transmitir segurança e de se criarem as condições espontâneas para a expressão de desejos e de necessidades. Sua grandeza e especificidade é atravessada pela situação peculiar de sofrimento dessas crianças e adolescentes, que vivenciaram situações de violência, cometidas, em sua grande maioria, por pessoas responsáveis por lhes garantir segurança e proteção, além da função primordial de lhes assegurar amor. A ruptura de tais laços primordiais pode gerar consequências emocionais para toda uma vida, incluindo a incapacidade de confiar e de estabelecer relações positivas com os outros, assim como problemas diversos daí decorrentes, destacando-se a baixa autoestima, os sentimentos de culpa, angústia, medos e ansiedade.

As crianças e os adolescentes que são afastados do convívio familiar’ sofrem em dois momentos: por terem sido vítimas das mais diversas formas de violência perpetradas por pessoas que eles amam e, em segundo lugar, por terem sido afastados do seu lar, do seu mundo de segurança e intimidade, ainda que este ambiente familiar estivesse comprometido pela existência de maus-tratos e de abusos diversos.

A ambiguidade resultante dessas relações familiares “violentas” gera, inevitavelmente, grande sofrimento emocional, além dos sentimentos de culpa e de angústia, já que aquele(s) a quem se ama é o seu agressor, se tornando ao mesmo tempo a pessoa a ser odiada pelos seus atos. Isto ocorre, principalmente, nos casos de abuso sexual, quando, para a vítima romper com o silêncio, o processo passa a ser ainda mais complexo: é preciso serem vencidos o medo e a culpa, a fim de se revelarem as experiências vividas, particularmente por serem os agressores parte da família da vítima.

Os desdobramentos dessa revelação pelas vítimas, em relação às suas famílias, notadamente a desintegração inevitável destas, geram, nas crianças e nos adolescentes, sentimento de culpa pelos sofrimentos gerados em seus pais. Estudos apontam que o momento do acolhimento institucional, em verdade, é vivenciado, por crianças e por adolescentes, como punição pelo mal “causado” aos seus pais.

Apesar das rupturas de vida advindos da aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional, há estudos mostrando que fatores protetivos sobrevivem de tal medida, por ser possibilitada a construção de relações seguras e afetivas, funcionando, assim, como apoio emocional e proteção.

Entretanto, a despeito da violência sofrida em seus lares, a literatura tem destacado que muitas crianças e adolescentes apresentam uma percepção otimista e positiva da família, minimizando os fatores responsáveis pela institucionalização. Enfim, há a revelação de serem esses vínculos familiares significativos e afetivos.

De fato, nas visitas realizadas em serviços de acolhimento institucional, e uma vez realizada a escuta individual dos acolhidos, é comum que estes relatem sentir vergonha em dizer para a equipe técnica sobre o seu desejo em voltar para a família, ou mesmo de receber uma visita. Tais verbalizações sugerem que falar dos seus sentimentos e das suas aspirações a quem quer que seja é tão difícil e conflituoso quanto dizer da violência sofrida no ambiente familiar.

Por outro lado, a solicitação em ser ouvido pelo juiz, quer por crianças mais velhas, quer por adolescentes – que, muitas vezes, a requerem de maneira individualizada e a sós com o julgador –, parece refletir a necessidade de se expressar o que até então não foi possível de ser dito; enfim, de se dizer dos sentimentos e das aspirações para um terceiro “neutro”, na rede de relações humanas, com as suas diversas significações afetivas. Para crianças mais velhas e, também, para adolescentes, a percepção que eles têm de suas necessidades, bem como a capacidade de avaliar sua situação de forma mais crítica, geram condições para que sejam expressados os seus desejos e as suas opiniões.

Com efeito, a disponibilidade para essa escuta qualificada deve refletir tais dinâmicas internas, decorrentes do sofrimento que carregam consigo crianças e adolescentes vítimas das mais diversas formas de violência. Deve-se respeitar o momento em que a criança/adolescente se encontra, ou seja, se o momento é de revelação ou de fechamento. Há de ser considerado, ainda, que as inconsistências ou as incoerências em seu discurso revelam que a vítima pode estar cansada de falar, de maneira repetida, para várias pessoas, de coisas difíceis, causadoras de grande sofrimento.

CASO CONCRETO EMBLEMÁTICO

Na Comarca de Uberlândia, uma criança de dez anos de idade, após a morte da avó/guardiã e de passar a viver com a genitora, pediu para ser acolhida institucionalmente, diante do ambiente familiar então insuportável, sobretudo em razão da insegurança da mãe no estabelecimento de limites para a filha. Pouco tempo depois, sobreveio a realização da audiência concentrada, na qual a criança e a genitora se fizeram presentes.

Então, por meio da entrevista realizada com a mãe da criança durante a audiência concentrada, aliada aos estudos psicossociais constantes dos autos e, sobretudo, a entrevista reservada do magistrado com a infante, por desejo expresso desta, extraíram-se as perspectivas animadoras da mudança das condições afetivas no ambiente familiar em questão. A citada criança, respeitada a sua privacidade, sentiu-se à vontade para revelar ao julgador, espontaneamente, os sentimentos e as aspirações dela, especialmente quanto ao retorno ao convívio familiar.

Esse contato empático e seguro com o magistrado, por óbvio, permitiu a *desconstrução* psicológica da figura do “juiz frio e distante”, transformando-a em um ser sensível, bondoso e justo: Justiça, em sua vida, terá, com certeza, uma nova dimensão indelével.

É forçoso destacar, por último, que, na tradição judiciária brasileira, os participantes das audiências em geral têm ampla liberdade de atuação, logicamente, dentro dos limites dos seus papéis processuais. Fala-se aqui dos sujeitos do processo, isto

é, “as partes, os advogados, os terceiros que intervêm no processo, o juiz e os auxiliares da justiça, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Públicas”. Contudo, nos procedimentos judiciais referentes a crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional ou familiar, umas e outros não são sujeitos do processo e, portanto, não podem ser obrigados à exposição numa audiência judicial.

CONCLUSÃO

Nas denominadas audiências concentradas, a privacidade, oitiva obrigatória, audição empática, bem como a participação da criança e do adolescente na *definição da medida de promoção dos direitos e de proteção*, devem ser sempre resguardadas pelo magistrado (art. 100 da Lei n. 8.069 de 1990).

Uberlândia, 04 de maio de 2016.

DO CASAMENTO E DO DIVÓRCIO POR PROCURAÇÃO¹

FRANCISCO RAULINO NETO*

EMENTA:

Direito Civil. Admissibilidade de Casamento e de Divórcio Administrativo por Procuração. Divórcio Judicial por Procuração. Possibilidade. Aplicação dos Princípios da Instrumentalidade das Formas e da Efetividade Processual.

SUMÁRIO:

1. Justificativa. 2. Introdução. 3. O que se entende por casamento. 4. Casamento por procuração. Mandato e Procuração. 5. Divórcio. 5.1. Divórcio Judicial. 5.2. Divórcio Extrajudicial. 6. Conclusão. Bibliografia.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça – Piauí

1. JUSTIFICATIVA

A partir da consulta de um amigo, que mora fora e necessitava se divorciar, começamos a estudar o assunto, já que o divorciando não poderia se deslocar até Teresina, para a realização do divórcio.

Como já sabíamos da possibilidade de casamento através de procuração, e até do divórcio administrativo desta forma, passamos a pesquisar as razões pelas quais ainda não se admitia o divórcio judicial por procuração.

Concluímos que era uma exigência legal arcaica, para uma época em que os modernos recursos de comunicação permitem a superação de obstáculos antes aparentemente intransponíveis.

Até porque, arrimado nos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade já se pode admitir a hipótese objeto de nosso estudo.

2. INTRODUÇÃO

Não se pode analisar qualquer hipótese relacionada ao divórcio sem antes analisar o casamento que ele faz findar.

Assim o fizemos, partindo da análise do que se entende por casamento, ao longo dos tempos. Chegamos às formas de divórcio, constatando que existe tratamento diverso, quando se pretende divorciar com a utilização de procuração, tanto que no divórcio extrajudicial se admite tranquilamente, enquanto no divórcio judicial, não.

Frente a isso, podemos afirmar, embasado em elementos jurídicos sólidos, que já se pode admitir a possibilidade de divórcio judicial por procuração.

3. O QUE SE ENTENDE POR CASAMENTO

Sílvio Rodrigues, arrimado em Modestino, conceituou casamento como “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência[2]”.

Para Roberto Senise Lisboa, “casamento civil é a união formal entre sujeitos de sexos diversos entre si, celebrada perante a autoridade investida por lei, que representa o Estado, para a realização da cerimônia[3]”.

O casamento hoje, embora continue sendo uma união formal, já pode ser realizado entre pessoas do mesmo sexo, perante celebrante que represente o Estado.

4. CASAMENTO POR PROCURAÇÃO. MANDATO E PROCURAÇÃO

O casamento pode ocorrer entre presentes e entre ausentes. No primeiro caso, é realizado na presença de ambos os nubentes. No segundo, sucede mediante a representação do nubente que não puder se fazer presente na data da cerimônia.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram o casamento por procuração uma tipologia especial de casamento, ao lado do casamento nuncupativo, do casamento em caso de moléstia grave e do casamento perante autoridade diplomática[4].

Maria Berenice Dias não concebe o casamento por procuração como uma espécie de casamento, mas como uma modalidade de casar (CC 1.542)[5].

Para melhor compreensão do tema, convém distinguir mandato de procuração.

Mandato é o negócio jurídico pelo qual o mandatário recebe poderes do mandante, para em nome deste último praticar atos ou administrar interesses. Este conceito se encontra no art. 653, do Código Civil.

A procuração é o documento ou título, público ou particular, por meio do qual uma pessoa estabelece quais são os poderes outorgados a outrem, para que possa praticar atos ou administrar negócios, em seu interesse.

A procuração, conforme o artigo citado acima, nada mais é do que o instrumento (ou consequência) do mandato.

Em se tratando de casamento por procuração, o nosso Código Civil estabeleceu, em seu art. 1.542, dois requisitos necessários: a forma pública e poderes especiais. Além disso, a eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias (§ 3º, do art. 1.542).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também destacam importante orientação proveniente do Consulado-Geral do Brasil em Lisboa:

“A legislação brasileira permite casamento por procuração. Neste caso, o cidadão português deverá lavrar a procuração em Notário Público e autenticá-la no Consulado-Geral. No texto deste instrumento particular constará igualmente o nome e a qualificação da pessoa com quem pretende casar, o regime de bens e o nome que passará a adotar, (noiva ou noivo) após o casamento”[6].

Sabemos que é possível que um dos noivos se ausente e seja representado por um mandatário. Haverá, entretanto, a possibilidade de realização do casamento com a ausência dos dois nubentes, se estes estiverem representados?

Tanto faz que haja a ausência de um ou de ambos os noivos. A única exigência é que o procurador represente apenas um do casal. Na ausência dos dois, serão necessárias duas procurações, com mandatários distintos, um para cada consorte. Esta restrição existe porque sendo o casamento um ato bilateral, necessária se faz a manifestação de duas vontades, uma do cônjuge varão e outra do cônjuge varoa.

Como vimos até aqui, é prevista expressamente a possibilidade de casamento por procuração, mas nada foi dito sobre a possibilidade da realização do divórcio através de procuração.

5. DIVÓRCIO

5.1. DIVÓRCIO JUDICIAL

O divórcio, ao lado da morte e da invalidade do casamento, é uma das formas de extinção do vínculo conjugal ou o rompimento de todos os laços do casamento.

O divórcio judicial é tradicional no Direito brasileiro, uma vez que, desde a sua consagração por intermédio da Lei nº 6.515/1977, sempre se exigiu a instauração de um procedimento, consensual ou litigioso, perante o Poder Judiciário, para a obtenção da dissolução do vínculo conjugal.

Enquanto o divórcio judicial indireto resultava tão somente da conversibilidade de anterior sentença de separação judicial já transitado em julgado, no divórcio judicial direto houve uma ampliação da eficácia do instituto (até então existente na legislação infraconstitucional), com a Constituição de 1988, que passou a admitir o divórcio desde que o casal estivesse separado de fato há mais de dois anos (art. 226, § 6º).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, pretendeu-se facilitar a realização do divórcio, com implementação de dois pontos fundamentais: (1) a extinção da separação judicial e (2) a extinção da exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

O Código Civil, em seu art. 1.582, conferiu exclusivamente aos cônjuges a legitimidade para pleitear o divórcio, autorizando, através de legitimação extraordinária, a substituição processual, pelo curador, ascendente ou irmão, em caso de incapacidade (mental), reconhecida por decisão judicial.

“Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão”.

Embora o Código Civil não diga expressamente que o divórcio pode ser requerido por procuração, alguns juízes há muito admitem esta possibilidade, inclusive quando um dos cônjuges não comparecer à audiência ou não estiver morando no Brasil.

Esse, por exemplo, é o entendimento do Des. João de Almeida Branco, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que em decisão inédita (Apelação Cível nº 89.409-3/188 – 200501172496, de 23.03.2006), reformando sentença

da justiça goiana, concedeu divórcio litigioso por procuração a uma brasileira residente em Nova York, nos Estados Unidos da América, representada por seu pai. O marido, citado por edital, foi representado por uma curadora especial. O Desembargador Relator ponderou que é bastante contundente que nos tempos atuais, com os modernos recursos de comunicação (como a teleconferência e a informática), não são mais cabíveis normas que exigem a presença de seres humanos em certo lugar, para a prática de um ato judicial quando este pode ser praticado por representação. O Desembargador concluiu que “o que se deve ter em mente é que na busca de se dar efetividade ao direito material, desnecessária às vezes é a rigidez da formalidade”. A decisão foi unânime.

Levou-se em consideração, também, a existência de dois princípios: da instrumentalidade das formas e da efetividade processual.

De acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, o ato processual que alcançar a finalidade para o qual foi elaborado será válido, eficaz e efetivo, mesmo que praticado por forma diversa da estabelecida em lei, desde que não traga prejuízo substancial à parte adversa.

Elpídio Donizetti esclarece que “conquanto não previsto expressamente no texto constitucional tampouco no Código de Processo Civil, o princípio da efetividade decorre do devido processo legal (cláusula geral) e constitui um metadireito (direito sobre direito), que garante que todos os demais direitos se efetivem”[7].

5.2. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Diante das exigências sociais, ecoadas na comunidade jurídica, favoráveis à desjudicialização das separações conjugais, quando não houvesse litígio, a Lei nº 11.441/2007 possibilitou a existência de divórcio ou a separação consensual serem feitos nas vias administrativas, mediante escritura pública.

Rolf Madaleno, analisando o divórcio extrajudicial da Lei nº 11.441/2007, tece algumas considerações das quais destacamos três:

“(...) devem ter os cônjuges a livre escolha entre o caminho judicial ou extrajudicial de seu divórcio, até porque contam com o segredo de justiça apenas para a opção judicial, pois os atos jurídicos, quando formalizados pelo notário, são atos públicos, ou seja, seu conhecimento é de domínio público, podendo não interessar aos divorciandos o livre acesso autorizado por lei ao divórcio formalizado por escritura pública.

O divórcio extrajudicial pode ser contratado por escritura pública se o casal não tiver filhos menores ou incapazes, uma vez presente o pressuposto único do prévio casamento, tendo sido eliminados quaisquer outros requisitos antecedentes, como a exigência de prazo de casamento ou de separação de fato ou de direito para o divórcio.

A Lei nº 11.441/2007 não fazia nenhuma menção expressa ao divórcio por conversão, sugerindo uma leitura mais açodada da legislação: só estar normatizando o divórcio consensual-administrativo-direto proveniente de uma prévia separação de fato do casal igual ou superior a dois anos”[8].

A Resolução CNJ nº 35/2007 disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro, estabelecendo em seu art. 36 o que se segue:

“Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) seprando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias”.

Pelo visto, os cônjuges não são obrigados a comparecer no cartório, podendo se fazer representar no ato por um procurador, desde que constituído por procuração pública, a qual deverá conter poderes especiais e expressos para essa finalidade, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de 30 (trinta) dias. Importante destacar que é vedado ao advogado cumular as funções de assistente jurídico (que assinará a escritura pública como advogado) e procurador de uma das partes.

O art. 733, do Código de Processo Civil, trata da questão ora analisada:

“Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual da união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731[9]”.

6. CONCLUSÃO

Depois de toda a pesquisa realizada, tornamos a nos indagar: - pode ocorrer divórcio judicial por procuração?

Entendemos que sim.

Isso porque se o casamento, que é um ato personalíssimo, pode ser realizado por procuração, desde que por instrumento público e com poderes específicos.

Se o divórcio extrajudicial admite a procuração, por que não se pode admitir o divórcio judicial por procuração, se não houver a possibilidade de propositura da ação ou comparecimento em audiência?

Os princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade processual respaldam a nossa resposta afirmativa.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual., ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. VI.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: Direito de família e sucessões. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. V, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. VI, 1979.

REFERÊNCIAS

[1] Promotor de Justiça da 37ª Promotoria de Justiça (Teresina), com atuação perante a 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Teresina – Estado do Piauí. Membro Colaborador da Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público, perante o CNMP.

[2] RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. VI, 1979, p. 15.

[3] Manual elementar de direito civil: Direito de família e sucessões. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. V, 2002, p. 60.

[4] Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. VI, p. 145.

[5] Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

[6] Op. cit., p. 147.

[7] Curso didático de direito processual civil. 19. ed. revista e completamente reformada conforme o Novo CPC – São Paulo: Atlas, 2016, pp. 63 e 66.

[8] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.412.

[9] O CPC/1973 tinha um artigo (1.124-A) correspondente e mais abrangente.

*GESTÃO INTERDISCIPLINAR E PARTICIPATIVA
DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS POR MEIO
DA SAÚDE NA LINHA DO CUIDADO**

FREDERICO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS**

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

A transversalidade da saúde e sua interface com o PIA e a educação, mediante o Projeto Terapêutico Singular, para articulação intersetorial na linha do cuidado.

*APROVADA POR UNANIMIDADE

** Mestre e Doutor em Direito UFMG e Titular da 4ª. Promotoria de Justiça de Goiânia*

I- A TRANSVERSALIDADE DA SAÚDE E SUA ARTICULAÇÃO COM O PIA E A ESCOLA, MEDIANTE PROJETO TERAPÊUTICO SINGULAR

I.1 Socioeducação e saúde

O **tripé da socioeducação** está fundado nos eixos da **assistência social** (CREAS e CRAS), **educação** (Secretaria Municipal de Educação e Gerência do EJA) e **saúde** (Superintendência de Políticas de Atenção Integral à Saúde e Superintendência de Vigilância em Saúde/Gerência de Vigilância Epidemiológica/Promoção da Saúde). A questão do desenvolvimento, sob pano de fundo psicossocial, é tão importante quanto a aproximação dos projetos políticos pedagógicos destinados ao adolescente em conflito com a lei. Na medida em que a saúde se insere no âmbito da **Política de Proteção Integral**, que possui desdobramentos no meio fechado e aberto, ela foi eleita como ponto de confluência dos três eixos. Conforme o art. 2º, da Recomendação CNMP n. 26, de 28 de janeiro de 2015, cabe aos Ministérios Públicos fazer observar os processos de elaboração e implementação dos Planos Municipais e Estaduais, prestigiando essa articulação intersetorial.

Os Planos Municipais e Estadual são a plataforma para a formação de um Comitê Gestor Intersetorial do Serviço de Medidas Socioeducativas com o escopo de coordenar, monitorar, supervisionar, avaliar a implantação e desenvolvimento das medidas aplicadas em meio fechado (Estado) e aberto (Município). Nesse sentido, vale realçar a relevância da construção da arquitetura intersetorial deste órgão para a convergência dos três eixos da socioeducação, em que o enfoque da saúde pode instrumentalizar a transição do meio fechado para o meio aberto. Na esteira da Lei 12.594, de 19 de abril de 2012, art. 4º, VII e art. 5º, VI, o processo de atenção multidisciplinar desencadeada pelo Estado, nela incluída a saúde, ocorre desde o primeiro momento de contato com o adolescente desavindo, incidindo de forma crítica em relação a fragmentação não apenas do objeto, mas também metodológica da abordagem infracional. O caráter transdisciplinar da saúde, uma vez inserida no **Plano Individual de Atendimento** (PIA) do adolescente infrator, permite sua repercussão, por meio do Programa Saúde na Escola (PSE) nos estabelecimentos educandários, naturalmente vocacionados para servirem como espaços de transição e reintegração na comunidade. Eventual intersecção do binômio saúde-educação, tão prestigiado como estratégia do Poder Público, com as atribuições de outras Promotorias, não interfere, mas antes legítima, por sua conexão ideológica com a socioeducação, a atuação da Promotoria da Infância (Resolução CNMP n. 33, de 05/04/2016, art. 4º e Recomendação CNMP n. 26, de 28/01/2015, art. 5º).

Conquanto no início do ciclo da vida da criança, já podemos verificar a transversalidade da saúde em questões que envolvem o ato infracional, cujos reflexos sobre o desenvolvimento decorrem de incidentes antes, durante e após o nascimento, tais como da prematuridade de recém nascidos, intercorrências da gestação, ou falta de cuidados básicos. Se a criança não é acompanhada por um pediatra e se a gestante não for bem atendida na Atenção Primária pelos aparelhos apropriados, a consequência é a sobrecarga dos Equipamentos da Atenção Secundária, cujo foco é diverso. Estas situações que envolvem risco à saúde da criança e da gestante e podem ser debitadas ao pré-natal malfeito e, portanto, evitáveis quando diagnosticadas prematuramente, do contrário deixarão marcas indeléveis na vida do adolescente. A relevância da matéria reside na repercussão no ato infracional e reflexo na capacidade cognitiva de seus agentes, tanto que, numa perspectiva de anamnese, não passou despercebida pelo legislativo o **potencial prospectivo de construção de modelos a partir da interlocução com a saúde**. Nesse sentido, a Lei nº 13.438, publicada no dia 26 de abril de 2017, que alterou o art. 14 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, acrescentando o §5º enunciou: “§ 5º É obrigatória a aplicação a todas as crianças, nos seus primeiros dezoito meses de vida, de protocolo ou outro instrumento construído com a finalidade de facilitar a detecção, em consulta pediátrica de acompanhamento da criança, de risco para o seu desenvolvimento psíquico.”.

I.2 Desenvolvimento e violência intrafamiliar, intergeracional e institucional

A interseção da saúde com o ato infracional aparece frequentemente, de maneira sintomática, na correlação do agente da conduta desviada e sua defasagem escolar, podendo ser associada retrospectivamente a problemas não diagnosticados no nascimento, cujo enfoque foi destacado pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257, de 08 de março de 2016)¹. Além disso, intercorrências no desenvolvimento psicossocial no âmbito doméstico, tais como **violência intrafamiliar, intergeracional e institucional**, também cooperam para a perda da capacidade cognitiva comprometendo adaptação do adolescente infrator à escola e à comunidade.

Em situações envolvendo **violência intrafamiliar**, verificamos, durante as oitivas, que os fatores de atraso escolar estavam ligados à perversão da autoridade no lar ou mesmo interrupção do desenvolvimento em razão de violência, quer seja física ou psicológica. A defasagem escolar do adolescente vítima de violência doméstica reflete a opressão sofrida e desajuste familiar, principalmente em se tratando de crianças expostas à agressão na **Primeira Infância**, período que coincide com a alfa-

¹ Lei 13.257/2016: “Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. § 3º Os profissionais que atuam no cuidado diário ou frequente de crianças na primeira infância receberão formação específica e permanente para a detecção de sinais de risco para o desenvolvimento psíquico, bem como para o acompanhamento que se fizer necessário.” (Destaque nosso).

betização. Nesse contexto, percebemos também que a saúde pode intermediar a gestão das medidas endereçadas aos pais (ECA, art. 129), conferindo caráter sistêmico à **Política de Proteção Integral**, cuja experiência ensaiada no âmbito desta Promotoria de Justiça ocorreu por meio de ciclo de palestras endereçadas aos pais chamadas de Oficinas do Cuidado, cuja sequência ficou comprometida pela falta de regularidade, outros compromissos assumidos e, sobretudo, do custo de deslocamento alegado pelos pais para acompanhar adolescentes, o que hoje poderia ser facilmente remediado por meio do acesso remoto, via smartphones, através da **Plataforma Virtual do Telesaúde**.

Ao buscar parcerias com a saúde, estabelecemos a **Plataforma Virtual do Telesaúde**, vinculada e disponibilizada pelo Núcleo de Telemedicina e Telesaúde da Faculdade de Medicina da UFG - NUTTS e sua ramificação entre os diversos CRAS, como posto avançado para a formatação de cursos a distância e acesso remoto por qualquer aparelho smartphone, potencializando a disseminação de seu conteúdo. O conteúdo haurido da experiência da rotina da **Promotoria da Infância, Protagonismo Juvenil** e de outros **segmentos**, almeja sua produção e difusão democrática para compor os desvios infracionais, resultando em melhor efetividade socioeducativa, quer seja do ponto de vista da eficiência, quer da prevenção, por meio do acompanhamento do PIA, que serve de baliza da evolução do adolescente em conflito com a lei em termos de atendimento de serviços públicos, cujo espectro e alcance se pretende ampliar por meio da referida Plataforma Virtual. Iniciativas anteriores paralelas, antes isoladas, como as adotadas para coibir a violência doméstica, tais como ciclos de palestras, poderiam ser compartilhadas por esse suporte para implementar política pública voltada ao atendimento da Primeira Infância. A diretriz de “promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança” sinaliza para o uso dos “meios de comunicação social”². Uma vez assimilados e integrados à **Plataforma Virtual do Telesaúde**, esse conteúdo, tal como o das Oficinas do Cuidado, poderiam reciprocamente subsidiar os trabalhos das Promotorias da Infância e Violência Doméstica. A formatação de cursos de interesse comum permitiria a reprodução e multiplicação, sem abdicar de atender ao público para o qual foram originalmente destinados, à formação continuada dos agentes que atuam nos diferentes ambientes de execução das políticas e programas da infância³, alcançando também vítimas potenciais de violência doméstica que remanescem subjacentes aos modelos de repressão, uma vez que a Justiça Criminal reconhece como sujeito passivo apenas o ofendido sevicidado, ignorando, não raro, a criança que se habitua a assistir a violência sofrida pela mãe. A reiteração de sua prática no âmbito doméstico e resignação da vítima, como contraposto da **cultura de proteção e promoção da criança**, contribui para a banalização e deformação da construção de modelos de referência que se manifesta tanto em termos cognitivos de aprendizado quanto de conformação da sua identidade.

Como frequentemente as famílias dos infratores padecem de falta de organização, o EJA funciona como estuário de adolescentes cujo padrão interno de relacionamento para com seus pais ignora a hierarquia. Essa modalidade de ensino sofre com a ausência de traquejo dos professores para lidar de forma pedagógica com o gerenciamento dessa clientela carente de referência de autoridade. A noção de autoridade é construída pela experiência, porque ela depende de aprendizado e da percepção de assimetria. A experiência da perversão da autoridade na infância, agravada pela inadaptação na escola, recorrência de casos de abuso da repressão e pela interpretação social dos comportamentos de risco, seja na perspectiva dos indicadores de saúde no âmbito da produção de cuidado, seja na perspectiva do desvio, segundo o vetor disciplinador e moralizante que caracteriza tanto a **violência intergeracional** quanto **institucional**, não favorece a revisão de atitudes e valores. Por isso, as escolas devem separar um espaço de transição não-institucionalizado onde o adolescente egresso do sistema vai elaborando gradual e progressivamente uma outra identidade, que, por natureza, são provisórias, ao mesmo tempo em que incorpora a premissa de autoridade como condição para a maturidade e desenvolvimento.

1.3 O cuidado como vetor da socioeducação e contraponto da indiferença

Exemplifiquemos o dilema do adolescente em conflito com a lei como uma encruzilhada a ser percorrida que vai do aliciamento pelo consumo de entorpecentes até o engajamento no tráfico de drogas, em que **fatores de risco e vulnerabilidade do território** remontam ao ambiente familiar. A violência aprendida na infância, como instinto de sobrevivência, à medida que ocupa papel centralizador na solução de conflitos e estratégia de educação, se reproduz como forma de comunicação endógena e exógena de seus membros para com a comunidade. A agressividade como costume, o desrespeito como prática e a rejeição à escola como *status quo*, cunhados pelo ambiente subcultural e tráfico de drogas para forjar uma identidade, são vertentes de uma matriz de cujo projeto o adolescente quer se desvincular, porque ele sabe que sua expectativa de vida é inexoravelmente curta. Esse sentimento ambivalente de abundância e brevidade da vida é alimentado pela ansiedade e falta de alternativas ofe-

2 Lei 13.257/2016: “Art. 4o As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: [...] VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação; IX - **promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.**” Destaque nosso.

3 Lei 13.257/2016: “Art. 10. Os profissionais que atuam nos diferentes ambientes de execução das políticas e programas destinados à criança na primeira infância terão acesso garantido e prioritário à qualificação, sob a forma de especialização e atualização, em programas que contemplem, entre outros temas, a especificidade da primeira infância, **a estratégia da intersetorialidade na promoção do desenvolvimento integral e a prevenção e a proteção contra toda forma de violência contra a criança**”. Destaque nosso. Outra não é a diretriz do Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo no que concerne à *qualificação do atendimento socioeducativo dos profissionais do SIMASE (5)* que trata desde a “formação continuada” dos profissionais até das “instituições que recebem adolescentes para cumprimento de Prestação de Serviço (5.03, 5.04 e 5.05) à Comunidade” (5.06), para cujo desiderato poderia se prestar a **Plataforma Virtual do Telesaúde**.

recidas pela sociedade. Depois que a instância familiar falha, a tarefa de reintegração é relegada para a comunidade e a rejeição ao adolescente compromete seu **potencial de resiliência**. A capacidade de resiliência está na base do desenvolvimento de todo indivíduo e depende do bom funcionamento do suporte das redes de relacionamento. A falta de identificação de referência de autoridade e afeto (**indiferença**) na família pelo adolescente, encontra no tráfico o superego do qual ele foi privado no ambiente doméstico e escolar. Caso o adolescente houvesse desenvolvido seu **potencial de resiliência**, situações difíceis e obstáculos encontrados pela vida, em vez de fragmentá-lo ou fragilizá-lo, iriam fortalecê-lo pela resistência às adversidades e memória acumulada desse aprendizado de superação, uma vez que o gerenciamento de emoções e capacidade de tolerância às frustrações são fatores adquiridos que, uma vez consolidados, podem ainda ser desenvolvidos no decorrer da vida.

A falência do desenvolvimento manifesta-se como sintoma da **falta de cuidado** em razão da **indiferença**. Quando o desenvolvimento psicossocial da criança é interrompido, ela passa a interagir com uma identidade provisória que coincide com o efeito (impressão) da violência em um fenômeno conhecido como “causalidade circular”. O desdobramento dessa interrupção manifesta-se como cooptação pelo tráfico já que a esfera familiar é sobrepujada pela esfera pública à medida que se torna pauta da segurança, e não de políticas públicas. A agenda imediatista da política de repressão, por ser de curto prazo, não permite o controle da reincidência. O **cuidado** como contraponto à interrupção do desenvolvimento pela violência começa com a singela presença dos pais, ou **equivalente(s)**, na rotina da vida da criança.

Os casos de desvios de comportamento sedimentados devem ser acompanhados por serviços especializados. A ausência do adolescente ao CREAS ou à Escola deve ser comunicada à Justiça, do contrário, ao se ignorar a situação de vulnerabilidade, ela se deteriora. Ainda que o monitoramento não seja o mais qualificado, o CREAS, Escola e a própria instância familiar reabilitada criam a expectativa de que alguém se importa com o adolescente. Ao ser visto, ele é avaliado e se reforça a relevância das consequências de seus atos para induzir a conformidade de seu comportamento aos padrões sociais. O esquecimento do adolescente cria uma zona de conforto e permissividade, sendo que o desenvolvimento pressupõe limite, sem o qual haverá sempre descompasso entre a idade cronológica e a maturidade. É nesse **espaço de esquecimento**, sobretudo institucional, que viceja o desvio de conduta, em que a reincidência deixa de ser uma eventualidade e se torna uma constância. Nesse sentido, para o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, constitui Eixo Operativo, concernente ao objetivo de *qualificação do atendimento socioeducativo ao adolescente*, garantir que o Plano Individual de Atendimento aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto tenha monitoramento periódico, lembrando que essa mesma periodicidade, como intervalo mínimo, deve ser adotada em relação ao Plano de Atendimento Especial às Famílias e Indivíduos (PAEFI). Por isso, o acompanhamento da execução das medidas socioeducativas, onde o adolescente estiver, configura fator decisivo de mudança de conduta. Daí a relevância que atribuímos à **Plataforma Virtual do Telesaúde** e ao controle e fiscalização das medidas socioeducativas em meio aberto (PIA), mesmo após a extinção da medida (ECA, art. 94, XVIII).

Com efeito, prevê a Lei nº 12.594/12, art. 39 que “para aplicação das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, será constituído processo de execução para cada adolescente, respeitado o disposto nos arts. 143 e 144 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”. Ressalte-se que a interpretação sistemática indica claramente que o processo executivo deve ser constituído também nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público, com cumulação das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, devidamente homologada pelo Juiz, uma vez que, para fins de execução, as medidas são as mesmas, não importando o momento procedimental em que forem aplicadas. A própria Resolução nº 165 do CNJ assim prevê, ao determinar que o ingresso do adolescente em qualquer programa de cumprimento das medidas de internação, semiliberdade, liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade só se dará após a expedição da guia de execução (art. 5º), estabelecendo seja ela instruída com uma série de documentos, dentre os quais a cópia da sentença que homologou a remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto (art. 9º, IV, *in fine*). Confirma, ainda, que a execução deverá ser processada em autos próprios, de forma obrigatória, ainda que o juízo da execução seja o mesmo do processo de conhecimento (art. 11). Além disso, não devemos menosprezar a obrigação de acompanhamento do egresso, mesmo após a extinção da medida mediante o **Projeto Terapêutico Singular** (PTS).

Como dissemos, o **potencial de resiliência** deve ser incentivado e reforçado desde a infância⁴ e encontra esteio no su-

4 Lei 13.257/2016: “Art. 13. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apoiarão a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário visando, entre outros objetivos, à formação e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança.

Art. 14. As políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis, buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança.

§ 1º Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade.

§ 2º As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que se encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, terão prioridade nas políticas sociais públicas.

§ 3º As gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis,

porte e respeito mútuos, à capacidade individual de se desenvolver autonomamente e ao apoio oferecido pelo ambiente social e familiar. Para alcançar essa meta, o adolescente deve ser contemplado com um processo de execução individualizado, que contenha o Plano Individual de Atendimento e, não raro, Projeto Terapêutico Singular, que permita a fiscalização do cumprimento das medidas e a resolução satisfatória dos incidentes surgidos durante a execução. Quando nos referimos a **equivalente**, nós nos reportamos ao conceito de representação na filosofia em que o CREAS ou qualquer outro ente age como núcio da autoridade seja ela Ministério Público ou Judiciário, como porta-voz do chamado **nome-do-pai**. A mera convocação para audiência de justificação revela-se como suficiente para restabelecer o cumprimento da medida, ao mesmo tempo em que empresta o caráter laciano de onisciência e onipresença do **nome-do-pai** no fluxo dinâmico da rede. Essa **presença da autoridade** pode-se manifestar através da articulação dos CREAS e escolas por meio do PIA e do PSE, cujo instrumento é o **Projeto Terapêutico Singular**, desde que haja o *feed back* para o Sistema Judicial, haja vista sua previsão no próprio PIA (Lei 12.594/2012, art. 54, VI c/c 64, § 2º).

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei, em Regime de Internação e Internação Provisória (PNAISARI), cujas diretrizes foram estabelecidas pela Portaria do Ministério da Saúde n. 1082, de 23 de maio de 2014, enuncia como objetivos específicos:

Portaria MS n. 1082/2014

Art. 7º São objetivos específicos da PNAISARI:

I – ampliar ações e serviços de saúde para adolescentes em conflito com a lei, em especial para os privados de liberdade;

II – estimular ações intersetoriais para a responsabilização conjunta das equipes de saúde e das equipes

socioeducativas para o cuidado dos adolescentes em conflito com a lei;

III – incentivar a **articulação dos Projetos Terapêuticos Singulares elaborados pelas equipes de saúde aos Planos Individuais de Atendimento (PIA)**, previstos no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), de modo a atender as complexas necessidades desta população;

IV – promover o acesso aos cuidados em saúde a essa população, sem quaisquer tipos de constrangimentos no acesso ao tratamento;

V – garantir ações da atenção psicossocial para adolescentes em conflito com a lei;

VI – priorizar ações de promoção da saúde e redução de danos provocados pelo consumo de álcool e outras drogas;

VII – promover a reinserção social dos adolescentes e, em especial, dos adolescentes com transtornos mentais e com problemas decorrentes do uso de álcool e outras drogas. [destaque nosso]

O **Projeto Terapêutico Singular** já é o instrumento adotado pelo Estatuto da Primeira Infância, de modo que ele teria a vantagem de integrar intercorrências que repercutem no desempenho escolar desde a mais tenra idade.⁵ As escolas são naturalmente vocacionadas para orientar os pais quanto ao **dever de cuidado** e nela se convergem os eixos da educação e da saúde, haja vista que a organização da Atenção Básica compreende a Programa Saúde na Escola (PSE), enquanto o eixo assistencial é concomitante desde o ingresso do adolescente no Sistema Socioeducativo, notadamente por meio do serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI)⁶, Estratégia Saúde da Família (ESF), Programa Agentes Comu-

aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, nos termos da Lei no 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância.

§ 4º A oferta de programas e de ações de visita domiciliar e de outras modalidades que estimulem o desenvolvimento integral na primeira infância será considerada estratégia de atuação sempre que respaldada pelas políticas públicas sociais e avaliada pela equipe profissional responsável.

§ 5º Os programas de visita domiciliar voltados ao cuidado e educação na primeira infância deverão contar com profissionais qualificados, apoiados por medidas que assegurem sua permanência e formação continuada.”

5 Lei 8069/90: Art. 13, § 2º “Os serviços de saúde em suas diferentes portas de entrada, os serviços de assistência social em seu componente especializado, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) e os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente deverão conferir máxima prioridade ao atendimento das crianças na faixa etária da primeira infância com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza, formulando **projeto terapêutico singular que inclua intervenção em rede e, se necessário, acompanhamento domiciliar.**” Destaque nosso.

6 Os usuários deste serviço são famílias e indivíduos que vivenciam violações de direitos por ocorrência de:

- Violência Física, psicológica e negligência;
- Violência Sexual: abuso e/ou exploração sexual;
- Afastamento do convívio familiar devido à aplicação de medidas sócio-educativas ou medidas de proteção;
- Tráficos de pessoas;

nitários de Saúde (PACS). O primeiro programa da assistência social, ligado ao CREAS, é destinado ao enfrentamento das **condições de vulnerabilidade** das famílias e reabilitação da família como núcleo do **cuidado**, enquanto que a equipe de referência da família e visitas domiciliares dos agentes comunitários dariam apoio para a realização dos objetivos do PNAISARI e desdobramentos no meio aberto. O próprio PNAISARI (Portaria MS n. 1082/2014, Art. 10, I, h) estabelece como objetivo na Atenção Básica “o desenvolvimento dos trabalhos com os determinantes sociais de saúde relacionados às vulnerabilidades pessoais e sociais desta população, além de outras ações que efetivamente sejam promotoras da saúde integral dos adolescentes em conflito com a lei”. O papel da escola é importantíssimo como ponto de convergência dos três eixos da socioeducação, em razão do colapso do controle da família como principal sintoma de **vulnerabilidade**. Na ausência de instâncias de controle informal (família, escola, comunidade, etc), ampliam-se a importância das forças de segurança, deslegitimando-se outros **agentes equivalentes** de transformação e prevenção.

Ao se atribuir demasiada importância ao meio fechado, retraem-se investimentos no meio aberto que, por sua vez, carecerá de efetividade na medida em que o foco das políticas públicas será deslocado para onde os resultados puderem ser mensurados, conquanto não passíveis de avaliação qualitativa. À proporção que a inoperância das medidas no meio aberto retroalimenta o meio fechado, sobrecarregando-o, o aumento da demanda, paradoxalmente por falta de efetividade no meio aberto, passa a determinar os investimentos públicos. Exatamente pela falta de dinamismo da alternativa à privação de liberdade, ela torna-se a única solução oficial diante da deslegitimação produzida pela suposta urgência de expansão do sistema. O problema pressuposto (lotação das vagas) torna-se real por seus efeitos (reincidência), passando a produzir e reproduzir, em seu funcionamento, a causalidade suposta pelo paradigma adotado, que passa a tragar todo investimento público à míngua da percepção do meio aberto como alternativa menos onerosa.

Nesse contexto, buscamos estabelecer como diretriz de articulação entre o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo e o Plano Estadual a interface do projeto político pedagógico do PIA no meio fechado com o PIA no meio aberto e seus alinhamentos com o projeto político pedagógico da Escola e de modo singular com o **Projeto Terapêutico Singular**, haja vista o objetivo de *qualificação do atendimento socioeducativo [cuidado] ao adolescente*. Não é comum que a unidade de internação seja próxima da residência do jovem e, muitas vezes, ocorrem rupturas importantes por ocasião do encerramento ou mudança da medida. Dado o caráter territorial da organização da atenção à saúde, é fundamental a construção de Projetos Terapêuticos Singulares e flexíveis para dar continuidade ao acompanhamento do egresso, haja vista que os **indicadores de vulnerabilidade** da saúde revelam intersecções de situações pessoais, sociais e institucionais compartilhados com o PIA. Segundo o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo de Goiânia, constitui Eixo Operativo, concernente ao objetivo de *Implantação e implementação da articulação das políticas setoriais que atuam no Sistema Socioeducativo*, incentivar as escolas que atendem adolescentes cumprindo medidas socioeducativas a desenvolver ações de promoção, prevenção e atenção à saúde, com vistas ao enfrentamento das vulnerabilidades que comprometem o pleno desenvolvimento desses adolescentes. Novamente, aqui, ressaltamos a necessidade de convergência do eixo socioassistencial (PAEFI) com o eixo da saúde na escola (PSE).

Como o PIA é um *instrumento administrativo de acompanhamento, aplicação e avaliação de como o adolescente está evoluindo em termos de serviço público a partir da visão geral sobre suas condições de desenvolvimento e vulnerabilidade*, a rede não pode funcionar de forma estanque, notadamente em relação ao concurso de ambos os PIAs com o eixo da saúde cujo instrumental necessariamente deve ser instruído com prontuário de atendimento da saúde, serviço social, psicologia, documentação civil, documentação escolar, cadastro de visitantes, matrícula no EJA subsidiariamente à inserção em escola integral. Não foi por acaso que escolhemos a encruzilhada entre o uso e tráfico de entorpecentes como representação dos conflitos da transgressão na adolescência, pois o consumo de drogas é uma espécie de *topoi* (lugar comum) entre os jovens infratores. De modo que a elaboração do **Projeto Terapêutico Singular** torna-se congênito à elaboração do PIA. No caso de Goiânia, o **Plano Operacional Municipal (POM)** de Goiânia⁷ estabeleceu que o CAPSi ad Girassol fará o acolhimento de usuários de drogas e o CAPSi Água Viva dos sócioeducandos portadores de transtornos mentais não associados a álcool e outras drogas, elaborando, respectivamente, seus **Projetos Terapêuticos Singulares**, por equipe multiprofissional, que traçará a linha do cuidado psicossocial para os menores de 18 anos.

-
- Situação de rua e mendicância;
 - Abandono;
 - Vivência de trabalho infantil;
 - Discriminação em decorrência da orientação sexual e/ou raça/etnia;
 - Outras formas de violação de direitos decorrentes de discriminação/submissões a situações que provocam danos e agravos a sua condição de vida e os impedem de usufruir autonomia e bem estar;
 - Descumprimento de condicionalidades do PBF e do PETI em decorrência da violação de direitos.

7 Segundo o art. 2º, IV, da Portaria MS n. 1082/2014, consideram-se as seguintes definições:

“Plano Operativo: documento que tem por objetivo estabelecer diretrizes para a implantação e implementação de ações de saúde que incorporem os componentes da Atenção Básica, Média e Alta Complexidade com vistas a promover, proteger e recuperar a saúde da população adolescente em regime de internação, internação provisória e semiliberdade, descrevendo-se as atribuições e compromissos entre as esferas estadual e municipal de saúde e da gestão do sistema socioeducativo estadual na provisão dos cuidados em saúde dos adolescentes...”

Às vezes temos que compreender, não apenas o consumo de entorpecente, mas a família como entidade de alienação. A escola passa a desempenhar função de refúgio e progressivamente metáfora da família, dado seu caráter de abstração, embora se inscreva como objetivo do Plano Municipal fortalecer o empoderamento familiar e as competências familiares em relação à proteção integral e educação em direitos humanos de adolescentes no espaço de convivência familiar.

II-PROTAGONISMO JUVENIL

A inclusão do egresso depende de um espaço de transição através de Rodas de Conversa para que eles possam se tornar receptivos a uma nova identidade, cujo modelo já foi implantado nos CREAS, para desobstruir o diálogo entre eles e seus familiares, propiciando reflexão e superação da experiência infracional, por meio de um acompanhamento sistemático com o escopo de forjar um novo projeto de vida. Além de ampliar o diálogo com as famílias, impõe-se também e, sobretudo, o reconhecimento dos jovens como sujeitos autônomos com os quais se pode fazer a interlocução sem a mediação dos pais ou responsáveis. No caso das Escolas, esse modelo pode ser implantado dentro do grupo ao qual pertencem por afinidade de valores geracionais e identidade de faixa etária com vantagem do abandono de classificações que encerram estereótipos.

A esse propósito atende o chamado Protagonismo Juvenil. O *Protagonismo Juvenil* é uma forma de abordagem horizontal, preparatória para alcançar a almejada percepção de assimetria da referência de autoridade perdida, que tem por fim promover o empoderamento do adolescente e do jovem através do desempenho de papéis e delimitação territorial nos quais ele possa trabalhar com seus pares no sentido de promover a saúde, a vida, o cuidado e a cidadania. O resultado do protagonismo, em todos os lugares em que foi adotada essa estratégia, indica uma excelente aceitação tanto das escolas quanto das famílias, além da inclusão daqueles que, de outro modo, estariam avulsos e marginalizados do processo de socialização, principalmente nas escolas, alcançando os egressos de forma eficaz, informal e com maior rapidez. É uma estratégia que não demanda custos importantes, necessitando apenas de alguma divulgação, logística e motivação por parte dos líderes.

A chamada **violência intergeracional**, normalmente latente nos conflitos entre gerações e, não raro, reproduzidas no ambiente doméstico na forma de violência intrafamiliar, poderia ser enfrentada por meio do método de recrutar os adolescentes, na própria escola, para onde os egressos foram encaminhados, para o programa de **Protagonismo Juvenil** através de simples convite. A adesão aconteceria de modo espontâneo, eventualmente arremetida pelos Grêmios Estudantis, diante da propensão dessa faixa etária em se engajar na utopia de projetos que fazem a diferença. Em resposta à angústia de integração dos adolescentes, marcada pelo rito de passagem para a vida adulta, sinalizando a transição da fase de heteronomia, determinada pelo mundo adulto (infância), a uma heteronomia relativa, em que se alternam situações de autonomia e heteronomia, haveria uma margem para a implantação de projetos de acordo com as idiosincrasias de cada um, contemplando questões da adolescência e ressignificando conceitos até então descontextualizados de suas experiências de vida. O conteúdo produzido e a possibilidade de sua formatação em mídia, afinal elencado como direito a ser exercido desde a Primeira Infância⁸, dariam esse apelo tanto para a participação quanto para a divulgação, assimilando os adolescentes normalmente estigmatizados pela comunidade no ambiente escolar, uma vez que eventual classificação pelo sistema socioeducativo seria sobrepujada e dissolvida no universo de destinatários compreensivo de toda categoria de adolescentes, e não apenas daqueles em conflito com a lei. Como os adolescentes estão menos presos a preconceitos e padrões geracionais, eles podem se comunicar com o outro com mais facilidade em razão da carga idealista e altruísta que acompanha a adolescência, inclusive, dando suporte para denúncia de abusos praticados pela polícia que caracteriza a face não oculta da **violência institucional**.

Anteriormente, havíamos cogitado a formação de um núcleo para desempenhar o papel de intermediação, que se atribuiu nesse projeto, ao **Protagonismo Juvenil**, para os CREAS, porém sem a vantagem de neutralizar o risco do conflito intergeracional. Na ocasião foi debatido o dilema da questão da superlotação e do baixo custo do meio aberto em contraposição ao risco da retroalimentação do sistema pela reincidência, sobrecarregando os já saturados Centros de Internação, oportunidade em que se ventilou a criação de um Banco de Orientadores como melhor estratégia para inibir a reiteração de atos infracionais. Ponderou-se que o problema do egresso do sistema socioeducativo não é o acesso privilegiado à escola próxima de sua residência, já que existe norma⁹ que assegura ao adolescente privado de liberdade matrícula e frequência na escola a qualquer tempo. A problemática da defasagem escolar está associada à permanência do adolescente na escola. Por isso, era tão importante o acompanhamento do egresso por meio das medidas de progressão ou aplicadas autonomamente, cabendo ao CREAS a constituição de um Banco de Orientadores, diante da dificuldade de interlocução com a comunidade, cuja adversidade poderia ser facilmente suprida pela concepção do **Protagonismo Juvenil**. O **Protagonismo Juvenil**, dada sua capilaridade e dispersão, poderia ser estimulado pela liberdade de elaboração de conteúdo e acesso favorecido pela **Plataforma Virtual do Telesaúde**,

8 Lei 13.257/2016: “Art. 15. As políticas públicas criarão condições e meios para que, desde a primeira infância, a criança tenha acesso à produção cultural e seja reconhecida como produtora de cultura.”

9 Resolução CNE (Conselho Nacional de Educação) n. 3, de 13 de maio de 2016.

inaugurando o desejado espaço de interlocução com a sociedade sem produzir os efeitos deletérios da estigmatização da medida aplicada ou incorrer no risco de descontinuidade, haja vista a predisposição dos jovens ao engajamento para a concretização de objetivos idealistas, versatilidade em relação à adaptação as novas tecnologias e suportes digitais, bem como menor tensão intergeracional.

Não obstante, a vantagem do Protagonismo Juvenil em relação aos Bancos de Orientadores, os espaços dos CREAS permanecem como suporte imprescindível de transição para reintegração dos egressos à família e da reabilitação da família como instância de controle. Falta ao adolescente pensamento estratégico, por nós denominado **potencial de resiliência**, e esse foco tem que ser trabalhado no meio fechado, não sem antes remover os obstáculos ou **fatores de risco** ao desenvolvimento mediante intervenção individual ou familiar. Por isso, o eixo assistencialista e da saúde são importantíssimos para a integração do adolescente na escola, como desdobramento das Rodas de Conversa do CREAS.

III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade da integração e abandono escolar pelo adolescente classificado como infrator, ao invés de cooperar para ruptura, apenas contribui para a continuidade de carreiras criminosas. Ao se reforçarem estereótipos, essa clientela é empurrada para grupos subculturais na mesma esteira em que se afasta daqueles espaços institucionais vocacionados para mediação de conflitos.

Não por acaso elegemos o **Protagonismo Juvenil**, como contraponto à aversão da comunidade, e o EJA, como ponto de partida, funcionando respectivamente como canal de interlocução e espaço privilegiado para interagir com o CREAS e a Saúde, disponibilizando os instrumentais do PIA, PTS e **Plataforma Virtual do Telesaúde**, para maior efetividade. A escola representa a progressão abstrata da metáfora de família, constituindo esse espaço de transição do meio fechado para o meio aberto, por excelência.

De outro lado, a transição é muito brusca do EJA do sistema fechado para o EJA do sistema aberto. O critério de frequência e avaliação, mais flexíveis no meio fechado, não se repetem no meio aberto, embora o EJA tenha sido concebido para atender essa **clientela vulnerável** submetida a condições adversas de defasagem escolar. O EJA permite que se frequente a classe com algum grau de complacência, jamais segregada. Em uma escala progressiva, conforme a economia doméstica, onde o adolescente encontra-se inserido, as escolas integrais funcionariam como espaços superdesejados a nível de metáfora de família e devem prevalecer sobre o EJA, sempre ponderando o grau de defasagem, alienação familiar e a compatibilidade de horários da escola com eventual jornada de trabalho do adolescente.

Desse processo lento, gradual e progressivo, Município e Estado alcançam resultados mais consistentes do que aqueles até agora apresentados desde que as respectivas redes se articulem, já que o EJA é um projeto majoritariamente municipal e a educação dentro dos Centros de Internação é da alçada do Estado. O sucesso da integração do adolescente em conflito com a lei depende dessa articulação com a saúde, quando ele já estará inserido num adiantado esquema de acompanhamento pessoal e familiar, tendo melhores condições de compreender o quanto a medida socioeducativa recebida pode lhe ser um importante apoio e não acolhê-la apenas como simples acatamento de uma punição. O adolescente engajado na delinquência não sabe como a vida funciona fora de seu grupo subcultural de origem. Esse espaço privilegiado, que é ao mesmo tempo *locus* de transição e de ruptura, passa a ser um espaço de mediação de conflitos que deve ser trabalhado ainda no contato preliminar do adolescente sob custódia.

De tudo o que foi exposto, torna-se imperioso o alinhamento dos projetos pedagógicos do egresso com o ambiente que ele vai encontrar no meio aberto¹⁰, adaptado à sua **condição de vulnerabilidade**, em que os serviços de saúde passam a

¹⁰ Resolução CNE n. 3, de 13 de maio de 2016:

“Art. 6º - O atendimento educacional a adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas deve ser estruturado de modo intersetorial e cooperativo, articulado às políticas públicas de assistência social, saúde, esporte, cultura, lazer, trabalho e justiça, entre outras.

Parágrafo único. Para a consolidação do princípio da intersetorialidade entre os diversos órgãos que compõem o Sinase e com vistas à estruturação da política de atendimento educacional de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas os sistemas de ensino devem:

I - definir, no âmbito de sua administração, instância gestora responsável pela implementação e acompanhamento da escolarização de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas e dos egressos;

II - formalizar instrumentos para a cooperação técnica com outros órgãos setoriais para a efetivação de políticas no âmbito do Sinase;

III - participar dos espaços políticos institucionais responsáveis pela definição das políticas e acompanhamento do Sinase;

IV - observar os parâmetros definidos pelos sistemas de ensino e pelo Sinase ligados ao campo educacional;

V - manter interlocução constante entre a escola e os programas de atendimento socioeducativo;

VI - disponibilizar, a qualquer tempo e sempre que necessário, documentação escolar de adolescentes e jovens, em especial para subsidiar a definição da medida e a construção do Plano Individual de Atendimento;

VII - fortalecer a participação dos profissionais da educação na elaboração e acompanhamento do Plano Individual de Atendimento

VIII - articular organizações, serviços, programas e projetos disponíveis no território que potencializem e complementem as experiências educacionais em curso;

desempenhar um papel estratégico no sentido de oferecer distintos suportes sociais à construção dos projetos de vida dos adolescentes em um momento do ciclo de sua vida, particularmente saudável do ponto de vista de sua fragilidade biológica, em que a **dimensão do cuidado**, muitas vezes, concorre com a dimensão do desejo do adolescente em sua busca de realização pessoal, gerando comportamentos de risco.

Nesse sentido, ao se utilizar de profissionais que já atuam na rede de serviços, em geral de forma dissociada e desarticulada, integrando suas ações, pois a saúde trabalha com os mesmos índices de vulnerabilidade que podem ser compartilhados com programas que já existem no CREAS, como o PAEFI e potencializados com os canais que já existem no CRAS, como a Plataforma Virtual do Telesaúde, Estratégia Saúde da Família (ESF), Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e Programa Saúde na Escola (PSE), racionalizamos os meios para conseguir resultados que abracem ao mesmo tempo o adolescente e sua família¹¹.

SÍNTESE DOGMÁTICA:

A política de segurança pública trabalha prioritariamente com os desvios, como sintomas, sem se ocupar das relações etiológicas do ato infracional, cujo foco é reforçado pela causalidade circular que faz com que um problema apenas pressuposto (insuficiência de vagas) se torne real pelos seus efeitos (reincidência). A reincidência retroalimenta a percepção de que o problema enfrentado é apenas de lotação de vagas, deslegitimando o investimento na logística do meio aberto. A efetividade das medidas no meio aberto alinhado à capacidade ociosa do meio fechado gera a sinergia necessária para equalizar o problema crônico da falta de vagas, retroalimentada pela reincidência, que especialmente agrava as mazelas decorrentes da lotação dos centros de internação pelo retorno do egresso ao sistema. A gestão transdisciplinar por meio da saúde é uma alternativa e estratégia operacional para conferir maior efetividade ao meio aberto. A vantagem da transversalidade do tema consiste na capilaridade das formas de controle, pois a saúde trabalha com os mesmos índices de vulnerabilidade que podem ser compartilhados com programas que já existem no CREAS, como o PAEFI e potencializados com os canais que já existem no CRAS, como a Plataforma Virtual do Telesaúde, Estratégia Saúde da Família (ESF), Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e Programa Saúde na Escola (PSE). A grande maioria da nossa clientela é objeto de Projeto Terapêutico Singular (PTS) em razão do uso de entorpecentes, de modo que ao transitarem pelos CAPs, já são contemplados em alguma medida com o PTS conforme os respectivos Planos Operacionais Municipais (POM). É esse *topoi* (consumo de entorpecente) que serve de articulação entre o PIA e o Programa de Saúde na Escola (PSE), cujo instrumento também é um Projeto Terapêutico Singular com a vantagem de sobreviver à medida, logrando o acompanhamento do egresso.

IX - manter compromisso com a garantia do sigilo, conservando dados referentes à situação do adolescente ou jovem em atendimento socioeducativo restritos àqueles profissionais a quem tal informação seja indispensável;

X - articular o Plano Individual de Atendimento com as ações desenvolvidas nas unidades escolares, com o projeto institucional e com o projeto político-pedagógico da unidade socioeducativa.”

11 Confira-se, a propósito, Resolução CNMP n. 33, de 05 de abril de 2016, art. 4º.:

“Art. 4º Recomendar aos membros do Ministério Público com atribuições em matéria de infância e juventude que:

I – estabeleçam atuação integrada com os órgãos gestores/executores das políticas de assistência social, educação e saúde, entre outras, nos âmbitos municipal, estadual e distrital, especialmente no que se refere à execução de medidas protetivas para crianças e adolescentes e suas respectivas famílias por meio da oferta e/ou reordenamento dos serviços de atendimento das áreas correspondentes, em cumprimento ao disposto nos artigos 86 e 88, inciso VI, da Lei nº 8.069/90;

II - atuem extrajudicialmente, em âmbito municipal, estadual e distrital, para garantia e pleno funcionamento da rede de proteção à criança e ao adolescente, com a definição de fluxos e protocolos de atendimento interinstitucional, assim como a criação de um sistema informatizado que permita a circulação de informações entre os diversos órgãos, autoridades e agentes corresponsáveis pelo atendimento dos casos, observadas as cautelas regulamentares quanto ao sigilo, com a criação de senhas e níveis de acesso aos dados obtidos; [...]”

HÁ SALVAÇÃO PARA O SEMIÁRIDO NORDESTINO¹

O Bioma Caatinga pode ser restaurado

GERALDO MARGELA CORREIA*

SUMÁRIO:

- 1. Introdução**
- 2. Desenvolvimento**
- 3. Conclusões Articuladas**
- 4. Resumo**

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

*Procurador de Justiça Aposentado do Ministério Público de Pernambuco

1. INTRODUÇÃO

Nosso XXII Congresso Nacional da Associação do Nacional Ministério Público Nacional- CONAMP trouxe como título de sua temática a expressão “Três Décadas da Constituição Federal de 1988: Os Novos Desafios do Ministério Público”.

O tema a que nos devotaremos nesta tese guarda estreita pertinência com o de nosso Congresso, eis que diz respeito a outra possibilidade de futuro para o Semiárido Nordestino, *habitat* de boa parte de nós, senão desde que nascemos, mas no presente de todos que vivemos no Nordeste, eis que o mesmo se encontra em crise permanente, necessitando de novo desafio por parte do Ministério Público, do Nordeste em primeira mão, mas, também dos outros Estados da Federação com Biomas que tenham problemas assemelhados a este.

O que se ouve dizer a respeito do Semiárido Nordestino é que se trata de uma área territorial dentro do Brasil não apropriada para ocupação humana, sendo a assertiva sustentada pela imensa pobreza que se observa na região de que se trata.

Em palestra realizada em 2016 no Rotary Recife Encruzilhada, o mestre Engenheiro Mecânico José Artur Padilha, com muitas pesquisas sobre o Bioma Caatinga, de tipo único no mundo, chamou a atenção a respeito da inexistência na região de qualquer lago natural. Deve-se tal impossibilidade ao grande calor solar que faz as águas evaporarem, também das grandes barragens e açudes construídos para armazená-las no período chuvoso.

Quando as secas chegam e demoram anos, por vezes, vão-se em forma de vapor as águas dos riachos, rios, açudes, barragens e outros mananciais, secam as fontes e o homem fica à mercê da vontade de políticos da pouca ajuda que se propõem a oferecer, quase sempre, senão sempre, em troca de gratidão que se transforma em votos em períodos eleitorais, sem nunca se perceber pesquisas do Estado e ações que tragam soluções melhores para a região.

Assim, parecem ter razão os que dizem que o Nordeste não tem salvação. Há pesquisas e fatos, porém, demonstrando a falácia desta conclusão. É o que se pretende demonstrar com esta tese, anteriormente apresentada e aprovada no Congresso da Associação do Ministério Público de Pernambuco de 2017(31 de maio, 01 e 02 de junho) e agora neste XXII Congresso Nacional do Ministério Público Nacional.

Buscaremos apoio em pesquisas já realizadas e em experiências exitosas que conhecemos no Semiárido Nordestino.

Entre as finalidades que se busca com esta tese é o convencimento das autoridades públicas, mais especificamente, aquelas que lidam com as questões ambientais, sejam federais, estaduais e também municipais de perceberem a questão que se põe da possibilidade de redenção do Nordeste e de aplicarem corretamente recursos nos locais apropriados para a repetição das experiências já comprovadas em vários locais, ao invés de construírem estruturas gigantescas, malversando os recursos penosamente postos pela população ao dispor da administração pública.

2. DESENVOLVIMENTO:

- 2.1. A Natureza do Bioma Caatinga
- 2.2. A Ação Humana Sobre o Bioma Caatinga
- 2.3. Pesquisas e Ações em Busca da Sustentabilidade
- 2.4. O Conceito Base Zero e Sua Aplicabilidade
- 2.5. Legislação Ambiental: Adequação e Efeitos

2.1. A Natureza do Bioma Caatinga

O Brasil tem seu território dividido em diferentes biomas, sendo o bioma um conjunto de ecossistemas semelhantes, geralmente ocupando áreas consideráveis, tomando por base os biomas brasileiros. São biomas brasileiros mais importantes, tanto por sua extensão, quanto por sua biodiversidade, os seguintes: Bioma Floresta Amazônica; Bioma Mata Atlântica, Bioma Cerrado, Bioma Caatinga, Bioma Pampas, Bioma Pantanal, perfazendo, assim, 6(seis) biomas principais, complexos, dentre os quais destacaremos o Bioma Caatinga com território ocupando os estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte,

Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia (região Nordeste do Brasil) e parte do norte de Minas Gerais (região Sudeste do Brasil). Este Bioma ocupa cerca de 11% do território nacional sendo um conjunto de ecossistemas em que se apresenta uma vegetação característica de ecossistemas com plantas de pequeno porte, com presença, em várias, de espinhos. A vegetação dessa região se constitui, principalmente, de plantas xerófilas (adaptadas à aridez, como os cactos) e caducifólias (que perdem a folha durante o período mais seco), além de algumas árvores com grandes raízes que conseguem captar a água do lençol freático em maior profundidade e que, por isso, não perdem as suas folhas, a exemplo do juazeiro. A fauna desse bioma é composta por uma grande variedade de répteis, sapos cururus, asa branca, cutia, gambá, preá, veado-caatingueiro, tatupeba etc.

Caatinga é termo originário do tupi-guarani, significando mata branca, assim como mata rala. Localizada em área de clima semiárido, apresenta temperaturas médias anuais que oscilam entre 25°C e 29°C.

Deixado em paz, o Bioma Caatinga ainda hoje estaria em condições de abrigar com tranquilidade toda a sua diversidade biológica, bem como a população humana que sempre esteve presente desde tempos imemoriais. Entretanto é necessário verificar que ações humanas foram capazes de transformar este bioma em fonte permanente de problemas que afetam as atividades e a vida nele presente com o fenômeno multissecular das secas. É o que veremos no tópico 2.3. Por enquanto vamos verificar o fenômeno das secas com suas causas e efeitos

Tem-se a primeira notícia de seca no Semiárido Nordeste desde o século XVI. Isto parece indicar um fenômeno natural advindo de movimentações de correntes marítimas capazes de produzir, por diferenças de temperaturas, movimentações de ar que produz em aproximação ou afastamento de chuvas nas regiões do globo terrestre, como é o caso das correntes produzidas pelos fenômenos conhecidos pelos nomes de “*El Niño*” e “*La Niña*” (lê-se ninho, ou ninha na língua espanhola e significam menino e menina), produzidos quando a temperatura do Oceano Pacífico (entre o Peru e o Equador) é alta ou baixa, respectivamente. A temperatura alta produz as secas (podendo instalar-se em diversas regiões do Globo terrestre, incluindo-se aí regiões da África, da Ásia, da Austrália e da América do Norte). Já a temperatura baixa favorece o retorno das chuvas, dando-se a incidência dos invernos.

Essas são as causas ancestrais e imemoriais do fenômeno das secas. Há outras causas, que poremos em tela e que não são imemoriais, ao nível das anteriores, que examinamos.

“As consequências mais evidentes das grandes secas são a fome, a desnutrição, a miséria e a migração para os centros urbanos (êxodo rural).” (GASPAR, Lúcia. *Seca no Nordeste brasileiro*. Pesquisa Escolar Online, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Disponível em: <<http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>> Acesso em 10 de abril de 2017).

2.2. A Ação Humana Sobre o Bioma Caatinga

Tais fatos ocorreram em decorrência da ignorância dos respectivos usuários quanto aos efeitos deletérios e destruidores por suas condutas inadequadas em face à natureza.

Discorrerei, agora, sobre fatos dos quais tomei conhecimento, *in loco*, desde as minha infância e que considero as causas principais da degradação do Bioma Caatinga, nos tempos atuais: o modo de produção de bens nas terras ocupadas no Bioma; o uso intensivo de madeira pelas Marias Fumaças e a aplicação indiscriminada de agrotóxicos (modernamente chamados de defensivos agrícolas, expressão que considero um eufemismo).

O riquíssimo patrimônio ambiental e natural foi tratado como algo sem qualquer valor, num primeiro momento, destruindo a vegetação original por corte e queimadas para introduzir tipos vegetais em seu lugar, naturalmente, já prejudicadas pela destruição dos elementos necessários à higidez do novo plantio sem suporte do qual pudesse absorver seus suprimentos destruídos pelo fogo.

Os primitivos habitantes (os índios), ao que se sabe, eram nômades e viviam da caça e da pesca na natureza. Eles não causavam danos ao ambiente, a não ser esporadicamente destruindo pequenas clareiras de matas para construção de suas habitações, as malocas com as ocas individualizadas e com a plantação de pequenas áreas. Conviviam harmonicamente com as matas e animais do ambiente, utilizando-os, unicamente, como fonte de alimentos.

Hoje, quando viajo ao sertão, sinto falta das aves (periquitos, rolinhas, bem-te-vis e outras), dos animais, comuns à época, (a raposa, o guaxinim, o preá e outros). São os efeitos mais óbvios dos usos dos venenos e das queimadas e destruição das matas da caatinga.

Também, quando criança, alcancei locais de onde jorrava água (fontes d'água, especialmente córregos e riachos que existem nas terras da família). Tais fontes desapareceram, óbvio, pelas mesmas causas.

2.3. Pesquisas e Ações em Busca da Sustentabilidade

Os problemas da seca tiveram formas de enfrentamento que deram origem a alguns órgãos estruturados para ir de encontro às secas e suas consequências, embora dominasse a visão de ser contra ela (a seca), em busca da solução dos mesmos. Criou-se a SUDENE – Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste, com a missão de fomentar a criação de empresas, fábricas, estradas e outras estruturas para obter o desenvolvimento da Região em diversos níveis de atividades, capazes de erradicar a pobreza e obter níveis de imigração menos agressivos.

Criou-se também o DNOCS – Departamento Nacional de Obras Contra as Secas, que gerencia as estruturas de retenção de águas na região, tais como rios, barragens e açudes. Fala-se hoje em mudar seu nome para Departamento Nacional de Obras de Convivência com as Secas, que acarretaria em nova visão capaz de estruturar obras que evitassem a evaporação das águas, como ocorre com as obras já mencionadas.

Cuidou-se de criar uma empresa específica para cuidar do desenvolvimento do vale dos São Francisco, a CODEVASF- Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco, acrescentando-se, mais recentemente, o Vale do Parnaíba, ficando a mesma sigla e crescendo Vales do São Francisco e do Parnaíba.

Para cuidar da energia elétrica para o Nordeste criou-se a CHESF – Companhia Hidro Elétrica do Vale do São Francisco, que utiliza água acumulada em grandes barragens do São Francisco para utilizar o movimento da água da qual obtém energia elétrica, distribuída na região. A própria CHESF, porém, se depara com grandes problemas com a seca, pois as barragens chegam a níveis insustentáveis em secas de vários anos, sendo obrigada a utilizar ou permitir que seja usada a energia proveniente de fontes poluentes, como óleo diesel e outras.

Podemos afirmar, com segurança, que tais estruturas serviram a parte das necessidades da Região Nordestina, mas não encontraram atuações que pudessem alcançar a sustentabilidade da região, nem obter a convivência natural com o fenômeno que se repete por causas fora do alcance das ações e políticas que desenvolvem. Podemos dizer que não estabeleceram as bases científicas e técnicas capazes de obter a necessária convivência do homem nordestino com seu *habitat*. Mas, são estruturas necessárias para a mudança que se deseja para a finalidade a que se propõe nesta tese.

2.4. O Conceito Base Zero e Sua Aplicabilidade

O Conceito Base Zero (inicialmente “noção Base Zero”) se deve ao Engenheiro Mecânico José Artur Padilha, que tem dedicação aos estudos do Semiárido Nordestino, com base em estudos de outros autores e com aplicação denodada em sua Fazenda Caroá situada no Município de Afogados da Ingazeira.

Basicamente o CBZ consiste em um modo de enfrentar os problemas da natureza do Semiárido Nordestino e, até mesmo, de outros biomas, com ferramentas que possibilitem a retenção dos elementos produtivos das águas das chuvas no solo permeável das micro-bacias hidrográficas, evitando a erosão do solo e, em consequência, seu depósito nos rios principais ou exutórios, causa do assoreamento.

“Tal lógica, indispensavelmente, incorpora todas as conveniências dos arranjos sociais conviviais e coesivo produtivos, viáveis para os sistemas em causa” (Organização Solidária e Ecológica das Produções Rurais Semiáridas, Segundo Bacias Hidrográficas Pequenas. Conforme Uma Máxima Conservação e os Resultados das Águas Anuais e Plurianuais Cíclicas), *Padilha*, José Artur. Recife, extraído da *internet* em 15 de abril de 2017.

Segundo o Eng. José Artur Padilha o CBZ preceitua que “para obter-se o aproveitamento máximo permanente da energia incidente numa dada área agrícola, é necessário ajustar as condições do terreno aos fluxos naturais da água, favorecer sua retenção sem que se provoque salinização e otimizando o uso da biomassa e dos elementos do solo”. (Conceito Base Zero promete acabar com escassez de água no Semiárido *O assunto foi discutido recentemente em Recife na Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)*, extraído da *internet* em 21.08.2013).

A realização prática do Conceito Base Zero se faz com a construção sucessiva de barragens em formato de arco romano utilizando-se as pedras existentes na natureza, cortadas em modo de encaixe, sem utilização de qualquer liga de cimento ou outra, desde a base até a altura máxima das margens provocando a retenção de parte das águas correntes no subsolo, onde permanecerá protegida da evaporação, podendo ser utilizada nos períodos de secas. Os arcos romanos são construídos com a concavidade em direção à foz do rio que se considere. Dá-se uma drenagem essencial capaz de represar a água no solo sem estar sujeita à evaporação comum nas águas que se encontram na superfície.

Como resultado desta prática há uma resposta da natureza no sentido de se reorganizar, ela própria, nas margens que chamamos nos termos da lei de áreas de preservação permanente (as APPs). Ainda possibilita que outra vegetação seja acolhida e, sem qualquer prejuízo, pode ser utilizada pelos animais para alimentação, podendo ali permanecer, alimentar-se e deixar seus

dejetos, que se somam, com vantagem, aos elementos reconstituidores do ambiente. A água permanece no solo e com estruturas de distribuição, poderá ser utilizada em todo o território da fazenda, com melhora claramente visível do ecossistema do local.

É necessário organizar uma estrutura distribuidora das águas obtidas em cacimbas ao longo do espaço territorial das micro-bacias, para que seja utilizada para os fins desejados.

Há quem discuta se tal conceito se aplica a todos os ambientes do Nordeste Semiárido, parecendo-nos certo que não, dadas as condições específicas de cada solo, sendo alguns deles rasos e calçados por rochas impermeáveis. Entretanto, a existência de micro-bacias em locais da maioria dos territórios nos quais estão situadas as fazendas e roças, nos permite confirmar a validade e aplicabilidade do CBZ na medida de transformação da realidade nordestina.

2.5. Legislação Ambiental: Adequação e Efeitos

Após tais informações que comprovam a possibilidade de convivência normal do homem com o ambiente do sertão nordestino é necessário saber se tal ambiente restaurado obedece aos parâmetros da legislação ambiental vigente (temos uma legislação respeitada como das melhores entre as de outros países que, entretanto, tem sido pouco acolhida internamente e vem aos poucos sendo desfigurada de forma a acolher facilidades aos que se contrapõem a ela).

O Código Florestal, por exemplo, exige que as margens dos rios tenham ao menos 15 m. de área de preservação permanente em suas margens (eram 30 metros antes da reformulação realizada pela Lei nº 12.727 de 15 de setembro de 2012). Em tom jocoso há quem diga que tal estrutura de APP não dá para preservar nem ratos.

A razão de tal dispositivo é possibilitar a proteção dos cursos d'água e das formas de vida que ali se abrigam, devendo, assim, permanecer intactas.

Em face das secas periódicas não somente as margens são destruídas, como também o leito dos referidos cursos d'água, como o rio ou riacho são inteiramente danificados não mais servindo aos fins ambientais, a não ser que sejam restaurados.

As demais leis ambientais trazem dispositivos que, a nosso ver, devem ser observados nas ações empreendidas por empresas e pessoas físicas relacionadas ao meio ambiente e, com mais razão, aqueles que se referem às bacias hidrográficas.

No caso específico, a todo ver, trata-se de uma restauração ambiental e, por este simples fato, encontram-se observadas as leis que se referem ao tratamento adequado do ambiente, acrescentando-se que o mesmo ficará mais protegido, uma vez que não se trata aqui tão somente das APPs, mas de toda a área das fazendas que se considerem aplicando os modos de restauração preconizados pelo Conceito Base Zero, inclusive, com a integração ao ambiente da criação de animais (bovinos, ovinos, e caprinos) que auxiliarão o ambiente nesta restauração, com a adição dos excrementos aos elementos nutritivos do solo. A experiência de criação de animais nos ambientes nordestinos, a exemplo do que se recomenda no Conceito Base Zero, tem sido levada a bom termo na Fazenda Carnaúba de Manoel Dantas Vilar na Paraíba, com vantagem para o solo. (Fazenda Carnaúba em 1983-Vídeo em *url Base Zero* – pesquisa na internet em 25 de abril de 2017).

O Conceito Base Zero preconiza para sua aplicação a necessidade de uma economia solidária, no sentido de que a Microbacia Hidrográfica seja utilizada e aproveitada nos moldes da solidariedade entre os proprietários de terra para a construção de bases necessárias à exploração correta e adequada dos territórios das mesmas, bem como das Macrobacias aplicando-se a elas critérios idênticos (aliás, podendo estas transformar-se em regiões estaduais de desenvolvimento, com um critério de divisão mais coerente que é o de Bacias Hidrográficas). Pode-se até mesmo pensar em uma reforma agrária contemplando as bacias hidrográficas como base de divisão e posse mais adequada das terras.

Acrescente-se, apenas, que existem outras experiências exitosas com relação à recuperação de ecossistemas no Semiárido Nordeste, mas este é o limite da nossa tese, necessitando-se de mais estudos com relação a estas outras experiências para recomendá-las no mesmo nível que se recomenda nesta tese no que se refere ao Conceito Base Zero.

3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

3.1. A tese trata de experimento científico visitado e estudado pelo autor, que reconhece a adequação Conceito Base Zero à realidade do ambiente do Nordeste Semiárido;

3.2. Trata-se de restauração das terras das bacias hidrográficas do semiárido nordestino utilizando-se tecnologias viáveis e baratas, realizadas pela própria comunidade, cujos interessados poderão receber treinamento para

a implantação do modo específico de barragens e outras formas de recuperação dos solos, degradados por fenômenos naturais, mas, mais fortemente pelos usos ignorantes das consequências de suas aplicações pelo sertanejo sem instrução: derrubada de vegetação e sua queima, visando o plantio de outros cultivares, o uso intensivo de troncos de árvores para máquinas a vapor e a utilização de agrotóxicos venenosos para o solo, a vegetação e animais de toda espécie.

3.3. Urge um trabalho coordenado de instituições públicas para estudos e ações no sentido de conhecer e tratar de viabilizar a disseminação do Conceito Base Zero nas bacias hidrográficas do Nordeste Semiárido para que, a baixo custo, seja esse precioso e único Bioma do mundo, com suas características, restaurado e possam os Nordestinos se orgulhar de que se fazem merecedores dos aplausos internacionais por contribuírem valiosamente para minimizar os efeitos da camada de ozônio que produz o progressivo aquecimento do orbe terrestre, trazendo consequências desastrosas para toda a humanidade.

3.4. Quanto ao nosso Ministério Público Estadual e aos demais do Nordeste e do Brasil o desejo fundamental é que criem e realizem Projeto Institucional de trabalho, em articulação com outros organismos estatais, para conseguir a sustentabilidade do semiárido estadual e nordestino e, assim, a libertação de nossa população dentro de padrões ecológicos e humanos que respeitem sua dignidade.

4. RESUMO

Em resumo e para visualização do que se descreve nesta tese, dispomos de vídeo produzido pela Rede Globo na Microbacia do Riacho Carapuças, na Fazenda Caroá, pertencente ao idealizador e descobridor do CBZ o Engenheiro José Artur Padilha, reportagem realizada pela repórter Beatriz Castro.

CONCLUSÃO ALTERADA

Supressão dos itens 3.1, 3.2 e 3.4

Nova redação do item 3.3

O Ministério Público deve atuar como indutor de políticas ambientais, utilizando a experiência do “Conceito Base Zero” e outras experiências que estão sendo realizadas no semiárido nordestino, com a finalidade de restaurar o Bioma Caatinga.

“A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA POSTULAR O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA”¹

GUILHERME DE SÁ MENEGHIN*

PALAVRAS-CHAVE:

Ministério Público. Atuação como fiscal da ordem jurídica. Novo Código de Processo Civil. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Legitimidade.

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 Ministério Público no processo civil: parte e fiscal da ordem jurídica; 3 Desconsideração da personalidade jurídica: breves comentários sobre o direito material; 4 Desconsideração da personalidade jurídica: disciplina processual do incidente.; 5 Controvérsia doutrinária: o Ministério Público no incidente de desconsideração da personalidade jurídica; 6 Fundamentação: a legitimidade ministerial para requerer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como fiscal da ordem jurídica; 7 Conclusão: proposta de enunciado; Bibliografia.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana

RESUMO:

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) regulamentou o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, mecanismo desenvolvido para superar a autonomia patrimonial entre sócio ou administrador e pessoa jurídica, para proporcionar recursos à satisfação dos credores, desde que preenchidos certos requisitos. O instituto de direito material carecia de uma disciplina processual, cujas lacunas impuseram uma árdua tarefa aos operadores do direito, o que foi suplantado com o advento do novo diploma processual. Porém, alguns autores entendem que o Ministério Público pode requerer o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica somente nos processos em que atua como parte, considerando que não seria cabível nos feitos em que intervêm como fiscal da ordem jurídica. Essa interpretação, todavia, não é compatível com as normas constitucionais do Ministério Público, tampouco com uma interpretação sistemática e teleológica da atuação ministerial na condição de *custos legis*. Portanto, o texto visa esquadrihar a divergências e propor uma solução, por intermédio de tese, para o XXII Congresso Nacional do Ministério Público.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), suprimindo, alterando e inovando na ordem jurídica nacional, com a finalidade precípua de instituir um instrumento eficiente de concretização do direito material. Segundo a exposição de motivos da comissão que elaborou a proposta:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.²

Com esse espírito, o novo diploma processual introduziu mecanismos procedimentais inéditos, aptos à melhor satisfação do direito material, nomeadamente em relação aos diversos institutos que foram paulatinamente congregados ao ordenamento jurídico em razão do desenvolvimento econômico, tecnológico, social e jurídico do país nos últimos anos.

Um dos direitos incorporados ao sistema jurídico nacional foi a desconconsideração da pessoa jurídica, por influência do *common law*, convertendo-se rapidamente em medida eficaz na reparação dos credores lesados por manobras antiéticas dos devedores. Sinteticamente, o referido instituto jurídico permite superar a autonomia patrimonial existente entre sócio ou administrador e pessoa jurídica, para garantir bens à satisfação do credor.

A regulamentação do incidente foi elogiada pela doutrina, dirimindo diversas dúvidas a respeito de como o magistrado deve proceder quando há pedido de desconconsideração da personalidade jurídica. Todavia, a doutrina diverge quanto à amplitude de postulação do Ministério Público no incidente, o que surpreende, já que tal debate não era notado antes da regulamentação expressa.

Portanto, a tese apresentada perpassa a legitimidade do Ministério Público para postular o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nesse novo contexto processual.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL: PARTE E FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

No processo civil, o Ministério Público pode figurar em duas posições: parte do processo (autor ou réu) e fiscal da ordem jurídica (interveniente).

Como parte, o Ministério Público, em regra, atua como autor de ações, postulando medidas judiciais para defesa de direitos e interesses cuja tutela esteja a cargo do órgão ministerial, principalmente por meio da ação civil pública (art. 177 do CPC; Lei 7.437/1985; art. 25, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cujo procedimento deve ser compatibilizado com os novos ditames processuais³. Excepcionalmente, o Ministério Público pode figurar no polo passivo da demanda, o que ocorre, por exemplo, na ação rescisória.

2 FUX, Luiz (coordenação); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (organização). *Novo código de processo civil: comparado – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 305.

3 Sobre a influência do novo CPC no processo coletivo a doutrina assevera: “Importante registrar a interpretação necessária de que a aplicabilidade do Novo CPC ao direito processual coletivo, a teor do disposto em alguns dispositivos, continuará limitada e condicionada à presença de compatibilidade formal e material (cf. Enunciado n. 9 da Carta de Tiradentes).” [BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O Ministério no novo código de processo civil (lei n. 13.105/15): principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial / Ministério Público de Minas Gerais. Procuradoria Geral de Justiça. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2016, p. 6].*

O Ministério Público também atua como fiscal da ordem jurídica nos processos cíveis, desde que constatada uma relação jurídica que legitime sua intervenção no feito. O art. 178 do CPC cuidou de disciplinar essas hipóteses:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Fazendo uma leitura do dispositivo, com base nos valores constitucionais do Ministério Público, infere-se que a instituição tem a incumbência de proteger no juízo cível valores relevantes para a sociedade, de caráter coletivo (interesse público) ou individual (incapazes e vulneráveis). Significa dizer que o Ministério Público deve tutelar não os interesses do estado ou de órgãos públicos, que possuem suas próprias procuradorias, mas da coletividade. Pode-se mencionar a intervenção ministerial nas ações populares, nas ações civis públicas, nas ações em que os genitores litigam sobre a guarda de uma criança, no mandado de segurança e outras demandas similares⁴.

Para desempenhar essa função de maneira eficiente o CPC situou prerrogativas especiais ao órgão ministerial. A eliminação ou redução desses poderes importaria no inevitável abatimento do direito material, de natureza relevante para a sociedade, que está sob a curadoria ministerial.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO MATERIAL

O precedente que promoveu o desenvolvimento da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu na Inglaterra, em 1897. Desde então, a *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, expandiu-se mundialmente e foi introduzida no direito brasileiro em diversos dispositivos: art. 28 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), art. 34 da Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste), art. 4º da Lei n. 9.605/1998 (Meio Ambiente) e art. 50 do Código Civil (regra geral).

De acordo com Pablo Stolze Gacliano e Randolpho Pamplona Filho:

Em linhas gerais, a doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado.⁵

A doutrina divide a desconsideração da personalidade jurídica em duas modalidades: (a) Teoria Maior, que “exige a comprovação de desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial”; (b) Teoria Menor, decorre tão somente “da insolvência do devedor, e é aplicada especialmente no Direito Ambiental e do Consumidor, bem como na Justiça do Trabalho”⁶. Além dessas espécies, a jurisprudência vem acolhendo outras, como a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Atuando na condição de autor, o Ministério Público pode postular a desconsideração da personalidade jurídica, principalmente por meio de ações civis públicas, para tutela do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e do patrimônio público. Aliás, a Lei n. 12.846/2013 que dispõe sobre “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” permite expressamente a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 14.

4 Toda interpretação sobre a atuação do Ministério Público perpassa pela exata compreensão dos propósitos da instituição. Nesse sentido, Michael Sandel esclarecendo a posição aristotélica sobre a natureza da justiça: “Discussões sobre justiça e direitos são, muitas vezes, inevitavelmente, discussões sobre o propósito das instituições sociais, sobre os bens por ela destinados e sobre as virtudes que elas valorizam e recompensam. Apesar das nossas tentativas de manter a neutralidade da lei em tais questões, talvez não seja possível determinar o que é justo sem discutir a natureza da vida boa” [SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 255].

5 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: Parte Geral*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

6 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: Parte Geral*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

Já quando atua como fiscal da ordem jurídica, a legitimidade do Ministério Público é questionada por alguns autores, após o advento do novo código, o que será examinado nos tópicos abaixo.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DISCIPLINA PROCESSUAL DO INCIDENTE

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está nos artigos 133-137 do CPC, resolvendo diversos impasses jurisprudenciais e doutrinários sobre a forma de efetivação da medida. Antes da lei, muitos defendiam a necessidade de uma ação autônoma para viabilizar a desconsideração, outros a limitavam ao processo de conhecimento ou a um prazo decadencial.

Todas essas divergências foram solucionadas, pois agora o pedido pode ser realizado em qualquer fase do processo, independentemente de ação autônoma e não se sujeita a prazo decadencial:

Na doutrina muito se discutiu a respeito do momento adequado para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, não havendo que falar em decadência de um direito potestativo. A dúvida é resolvida pelo art. 134, *caput*, do Novo CPC, ao prever que o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.⁷

5. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA: O MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com o art. 133 do CPC, “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Quando propõe a ação, o Ministério Público torna-se parte no processo e, portanto, não existe divergência quanto à possibilidade de pedir a desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, parcela da doutrina defende que o Ministério Público não pode postular o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos feitos em que intervém como fiscal da ordem jurídica.

Flávio Luiz Yarshell entende que o art. 133 do CPC não abrange o Ministério Público⁸. Perfilhando desse entendimento, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que “não faz sentido” admitir tal pedido por parte do Ministério Público, na condição de *custos legis*:

O art. 133, *caput*, do Novo CPC prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, com o que afasta a possibilidade de o juiz instaurar o incidente ora analisado de ofício. Já era nesse sentido a previsão do art. 50 do CC. A legitimidade do Ministério Público, apesar de o artigo ora mencionado sugerir ser ampla, deve ser limitada à hipótese em que participa do processo como autor, não havendo sentido em se admitir tal pedido quando funciona no processo como fiscal da ordem jurídica.⁹

Há autores que até entendem a possibilidade do Ministério Público postular o incidente como fiscal da ordem jurídica, mas condicionam o pedido ao interesse da parte interessada:

Quando pleiteado pelo Ministério Público, deve-se antes ouvir a parte que em tese teria interesse na desconsideração (normalmente, o autor da ação principal). Essa é uma imposição da garantia do contraditório (art. 5.º, LV, da CF/1988; arts. 9.º e 10 do CPC/2015). O incidente implica significativa interferência sobre o resto do processo, que é suspenso. Por isso, é relevante ouvir-se a parte em tese interessada na providência. Ela pode apresentar razões pelas quais não convenha sequer instaurar-se o incidente (p. ex., ausência de fundamentos para a desconsideração vir a ser

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 378.

⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coords. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 233.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 378.

determinada; ausência de bens no patrimônio a ser atingido pela desconsideração etc.). Caberá ao juiz previamente apreciar tais razões, a fim de evitar a instauração de incidente fadado à inutilidade e que geraria desnecessária suspensão do processo.¹⁰

O enunciado 123 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)¹¹ não aprofundou o tema, afirmando menos do que deveria. Restringiu-se a prever a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em incidentes relacionados a processos nos quais não faça intervenção, o que é natural e até mesmo desnecessário fixar em um enunciado. Imagine duas empresas litigando em torno de um contrato empresarial, com pedido de desconsideração da personalidade jurídica: é evidente não existe razão para intervenção do Ministério Público, já que não se está diante de qualquer das hipóteses do art. 178 do CPC.

Portanto, a divergência doutrinária e a lacuna de enunciado no FPPC merece um estudo detalhado, para averiguar a verdadeira amplitude ministerial.

6. FUNDAMENTAÇÃO: A LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA REQUERER O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

Na condição de fiscal da ordem jurídica o Ministério Público possui amplos poderes de atuação, podendo praticar diversos atos processuais, incluindo a produção de provas e a interposição recursos, na forma do art. 179 do CPC:

Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:

- I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
- II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

Por outro lado, o Ministério Público não se submete às partes que litigam, de maneira que pode até mesmo se opor a um acordo que, na visão o órgão, não tutela adequadamente os interesses em disputa. É o que se deduz de seus princípios e missões constitucionais (artigos 127 e 129 da Constituição da República).

Partindo dessas duas premissas, ou seja, de que o Ministério Público, intervindo como fiscal da ordem jurídica, pode praticar com grande amplitude os atos processuais e de que atua com total autonomia em relação às partes, torna-se ilógico impedir o Ministério Público de requerer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Uma interpretação textual, sistemática e teleológica dos artigos 133 e 179, II, do CPC demonstra que não é defeso ao Ministério Público requerer o incidente. Na verdade, os dispositivos permitem expressamente que o órgão requeira qualquer medida processual pertinente, incluindo, obviamente, a desconsideração da personalidade jurídica. Decerto, seria incongruente permitir o Ministério Público praticar todos os atos processuais possíveis, restringindo o pedido de desconsideração, mesmo diante de um contexto onde se mostra compatível o pedido. É interessante notar que o Ministério Público pode produzir prova do desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre pessoa jurídica e sócio ou administrador, necessário para a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, mas não poderia requerer o incidente, na visão de alguns autores. Trata-se de uma interpretação inconsistente com a literalidade dos dispositivos legais.

Além disso, na medida em que o Ministério Público atua de forma independente das partes, busca-se proporcionar ao órgão condições para a efetiva tutela dos interesses que lhe compete proteger. Essa situação fica mais clarificada com alguns exemplos, em que a parte pode praticar ou omitir atos processuais que prejudicam a concretização do direito material versado no processo.

Em uma execução de alimentos, a representante de um incapaz (autor/exequente) não faz o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo após verificar que o executado, devedor de alimentos, não dispõe de bens para satisfazer o débito, mas é sócio de uma empresa com capacidade econômica para tanto. Nesse caso, mostra-se adequado e compatível com os artigos 133 e 178 do CPC permitir o Ministério Público requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para pesquisar no patrimônio da sociedade os recursos indispensáveis à subsistência do alimentando.

Imagine, ainda, uma ação civil pública por ato de improbidade, de ressarcimento ao erário ou para responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida em atos ilícitos contra a administração pública, ajuizada por um município, autarquia ou outra pessoa jurídica de direito público. Deparando-se com a ausência de patrimônio na empresa/ré, a procuradoria responsável poderia “omitir” o pedido de desconsideração. Cabe, assim, ao Ministério Público postular a desconsideração da personalidade jurídica, indispensável para recompor o erário (artigo 14 da Lei Anticorrupção). Sem essa prerrogativa garantida ao Ministério

10 TALAMINI, Eduardo. *Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Site Migalhas, 02 mar. 2016. Fonte: << <http://www.migalhas.com.br/dePe-so/16,MI234997,11049-Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>>> Acesso: 14 jun. 2017.

11 Diz o enunciado 123: “(art. 133) É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178. (Grupo: *Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros*)”. Fonte: << <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>> Acesso: 14 jun. 2017.

Público, a reparação do patrimônio público ficará sob um “poder soberano” do agente público ou procurador que atua no processo, o que pode oportunizar manobras ilegais.

Impedir o Ministério Público de postular o incidente de desconsideração da personalidade jurídica sacrificaria o órgão ministerial na realização de sua missão como fiscal da ordem jurídica. Assim, enfatiza-se uma interpretação doutrinária que mais se coaduna com as normas processuais, lidas a partir das finalidades instituídas ao Ministério Público pela Carta Constitucional:

Como se vê, não há possibilidade de atuação jurisdicional sem o requerimento da parte ou do Ministério Público; ou seja, é vedado ao juiz, de ofício, determinar a inclusão do sócio ou administrador no polo passivo da demanda, para fins de desconsideração da personalidade jurídica. O art. 133 do CPC está em consonância com o art. 50 do CC, que também prevê o expresse requerimento do interessado ou do Ministério Público, não se podendo cogitar de atuação *ex officio*.

O Ministério Público só pode requerer a instauração do incidente nas causas em que atuar, seja como parte, ou como fiscal da lei (hipóteses do art. 178).¹²

De qualquer maneira, uma vez solicitado pelo Ministério Público, o magistrado deve intimar a parte para se manifestar, observando-se o contraditório, nos termos dos artigos 9º e 10 do CPC¹³. Isso, porém, não significa que o pedido ministerial possa ser barrado pela parte. Após a manifestação, cabe ao juiz decidir, com base nas razões e provas apresentadas pela parte e pelo Ministério Público, se defere ou não o pedido.

7. CONCLUSÃO: PROPOSTA DE ENUNCIADO

Face ao exposto, propõe-se a adoção do seguinte enunciado, a despeito das opiniões doutrinárias divergentes: **“O Ministério Público possui ampla legitimidade para postular o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, inclusive nos processos em que atua como fiscal da ordem jurídica”**. Eis a proposta de tese que se submete ao XXII Congresso Nacional do Ministério Público.

BIBLIOGRAFIA

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O Ministério no novo código de processo civil (lei n. 13.105/15): principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial / Ministério Público de Minas Gerais*. Procuradoria Geral de Justiça. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2016.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2017,

FUX, Luiz (coordenação); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (organização). *Novo código de processo civil: comparado – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015, p. 305.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: Parte Geral*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Site Migalhas, 02 mar. 2016. Fonte: << <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>>> Acesso: 14 jun. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume I: teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coords. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

12 DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 303-304.

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume I: teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 374.

*AUDIÊNCIA PÚBLICA:
INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E DE
FORTALECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹*

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

O Ministério Público, não raras vezes, depara-se com limitações de conhecimento no manejo de questões marcadas pela mais elevada complexidade.

Por outro lado, há situações que envolvem interesses contrapostos, de intensa conflituosidade, ainda que todos de relevância pública. Esta litigiosidade, muitas vezes, importa em difíceis ponderações entre valores de grande significado social e, por isso, dirige-se ao Ministério Público a crítica acertada de não se mostrar suficientemente legitimado para tomar certas decisões, considerando-se, para tanto, que o membro do Ministério Público não é eleito e, portanto, em tese, não está legitimado a assumir, como representante da sociedade, dadas posições³.

Sustenta-se que em ambas as situações as audiências públicas, “realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade” (Res. CNMP 82/2012, art. 1º), podem se mostrar adequadas na perspectiva de conferir ao Ministério Público maior domínio dos fatos para a formação de sua convicção, tornando a atuação mais eficiente e, ao mesmo tempo, porque submetida ao debate, mais legítima e, na mesma medida, receptiva à comunidade.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Dos fundamentos da audiência pública

A audiência pública encontra-se fundamentada no princípio constitucional segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único)⁴.

Sabe-se que o poder é conferido pelo povo. Portanto, a concretização dos ideais republicanos e democráticos exige que a atuação estatal esteja pautada pelo viés democrático, dialógico e controlado. Afinal,

[...] é o suporte do povo que produz o poder das instituições de um país, e esse suporte é nada além do que a continuação do consentimento que produziu o surgimento das leis. Todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas se petrificam e entram em decadência tão logo o poder existente do povo cessar de dar-lhes suporte⁵.

Segundo Paulo Bonavides: “*Por um certo prisma, governar é legislar; governo é legislatio; governa quem legisla. Em se tratando, porém, de democracia, há que atender a este requisito fundamental: legisla quem tem legitimidade. E legitimidade quem a tem é o povo*”⁶.

Em razão do princípio democrático⁷, as decisões governamentais devem se submeter a certos mecanismos de verificação perante os cidadãos, o que ocorre mediante múltiplos meios de participação, relacionados à interferência no próprio processo decisório, assim como de controle social, comprometido com a fiscalização do quanto decidido e de seu respectivo cumprimento⁸.

Assim, cada cidadão, individual ou coletivamente, exercerá seu papel de sujeito no planejamento, na gestão, no controle das políticas públicas e nas decisões estatais amplamente consideradas. Para Boaventura de Sousa Santos:

Não existe motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação, apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do

³Boaventura de Sousa Santos descreve a origem cultural do Estado brasileiro em relação à rejeição à participação popular: “O Brasil é uma sociedade com uma longa tradição de política autoritária. A predominância de um modelo de dominação oligárquico, patrimonialista e burocrático resultou em uma formação de Estado, um sistema político e uma cultura caracterizados pelos seguintes aspectos: a marginalização, política e social, das classes populares, ou a sua integração através do populismo e do clientelismo; a restrição da esfera pública e a sua privatização pelas elites patrimonialistas; a “artificialidade” do jogo democrático e da ideologia liberal, originando uma imensa discrepância entre o “país legal” e o “país real”. A sociedade e a política brasileiras são, em suma, caracterizadas pela total predominância do Estado sobre a sociedade civil e pelos obstáculos enormes à construção da cidadania, ao exercício dos direitos e à participação popular autônoma” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: ____ (Org.). Democratizar a democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 458).

⁴ O art. 58, § 2º, da CF/1988, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional

⁵ ARENDT, Hannah. On Violence, San Diego; New York; London: Harcourt Brace & Company, 1970, p. 41. Tradução livre.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 435.

⁷ Quando se aborda a legitimação da atividade pública pela participação social, ou a insuficiência dela, é sempre oportuna a remissão ao trabalho de Sérgio Buarque de Holanda, quando afirma que: “[...] a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 160).

⁸ Desenvolve-se no âmbito do Direito Administrativo, um modelo de governo participativo que recebe diferentes denominações, a exemplo de Administração Pública Democrática, Administração Consensual, Administração Concertada, Administração Paritária, Administração Dialógica, Administração Pluricêntrica.

adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas⁹.

É nesse sentido que as audiências públicas permitem a interlocução do Ministério Público com a sociedade civil¹⁰. A partir do que se ouve, o que inclui reivindicações, posições técnicas, críticas e propostas, o Ministério Público, após o indispensável tratamento das informações colhidas, disporá de rico material para a formulação de seu plano de atuação, não somente relacionado ao caso concreto, como também, de forma mais ampla, inspirando o próprio planejamento estratégico.

Constituem-se em mecanismo de exercício da soberania popular, pois o cidadão, diretamente ou por seus entes representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelo Ministério Público.

A denominada Carta de Brasília, elaborada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, recomenda a realização “periódica de audiências públicas para permitir ao cidadão o acesso ao Ministério Público para o exercício direto da soberania popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da CR/1988, de modo a viabilizar a participação e a deliberação social sobre prioridades que devam ser objeto da atuação da Instituição, assim como para prestar contas do trabalho ao cidadão interessado”.

Na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados¹¹, é estabelecida como atribuição do Ministério Público a promoção de audiências públicas e a emissão de relatórios (Lei 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, IV):

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...]

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no ‘caput’ deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

O § 1º do art. 1º da Resolução CNMP 82/2012 amplia o rol de participantes das audiências públicas, fazendo constar expressamente a presença de “representantes dos setores público, privado, sociedade civil organizada e da comunidade”, prevendo esta perfeitamente adequada ao caráter democrático da atuação ministerial e aos próprios objetivos buscados por meio das audiências públicas.

2.2. Finalidades das audiências públicas

As audiências públicas facilitam a obtenção de informações, pois “terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º). Tal situação também é válida nas hipóteses em se depara com múltiplas áreas de atuação do Ministério Público, já que se “o objeto da audiência pública consistir em fato que possa ensejar providências por parte de mais de um membro do Ministério Público, aquele que teve a iniciativa do ato participará sua realização aos demais membros, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, podendo a audiência pública ser realizada em conjunto” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 5º).

Considera-se que na sociedade civil há a formação das demandas sociais e, portanto, a interlocução com ela possibilita a “identificação de demandas sociais” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º, *caput*). Transcreve-se o posicionamento de Pedro Roberto Decomain:

[...] as audiências públicas revelaram-se mecanismos eficientes de equacionamento de problemas ligados a direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, como aqueles relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, etc. Também são eficazes em matéria de serviços públicos, porque permitem um debate amplo em torno da atuação da Administração Pública, que tem sua eficiência

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 77.

¹⁰ Para Bobbio: “a sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão” (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 33).

¹¹ O inc. XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do MPU) estabelece como atribuição do Ministério Público da União a promoção de outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

analisada e questionada publicamente pelos destinatários dela, ou seja, pelas pessoas da coletividade de modo geral. Cabe ao Ministério Público então promover referidas audiências, conduzindo durante elas os debates. Com isso toma plena ciência daquilo que a coletividade realmente deseja em determinado assunto, informando-se e formando um juízo mais próximo dos verdadeiros interesses comunitários, antes de empreender quaisquer providências¹².

As audiências públicas viabilizam também a participação da sociedade civil organizada por meio dos conselhos de políticas públicas. Trata-se de estrutura de composição híbrida, que inclui integrantes da sociedade civil e de representantes do Poder Público, constituindo “uma esfera que comporta a interação entre grupos organizados da sociedade, originários das mais diversas entidades, organizações, associações, movimentos sociais, etc.”¹³.

É evidente a pertinência de o Ministério Público abrir canais de diálogo com referidos Conselhos, além de zelar pelo seu adequado funcionamento, o que se evidencia, dentre outros exemplos que também poderiam ser trazidos, na área da educação, em relação à qual foi expedida a Recomendação CNMP nº 44, de 27.09.2016, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo na educação, fazendo alusão ao “regular e autônomo funcionamento dos conselhos e fóruns (municipais, estaduais e nacional) de acompanhamento e controle social da área de educação, para que lhes sejam garantidas condições materiais e finalísticas de cumprir tempestivamente seu papel institucional [...]” (art. 4º, inc. XIX).

As audiências públicas prestam-se, também, a permitir a participação da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, identificando-se as necessidades coletivas, bem como torna possível esclarecer os cidadãos sobre as medidas adotadas pela Instituição. Daí a previsão constante do art. 1º da Resolução CNMP nº 82/2012, alterada pela Resolução CNMP nº 159, de 14.02.2017, de realização de audiências públicas para “elaboração e execução de Planos de Ação e Projetos Estratégicos Institucionais”, disposição aplicável aos órgãos de apoio: “As audiências públicas poderão ser realizadas também no âmbito das Câmaras de Coordenação e Revisão e dos Centros de Apoio Operacional, no âmbito de suas atribuições, sem prejuízo da observância das demais disposições desta Resolução” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º, § 3º).

Ressalta-se, em relação a este ponto, que se mostram frequentes as situações em que se exige ação coordenada do Ministério Público, naquelas lesões a direitos que extrapolam o âmbito de uma Comarca, fazendo-se necessário que o Centro de Apoio afeto à área, embora desprovido de funções de execução, articule com os órgãos de execução soluções conjuntas, hipótese em que poderá valer-se das audiências públicas como instrumento para tais fins.

Por outro lado, a realização de audiências públicas para a apresentação de resultados de trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º) confere à Instituição um viés altamente republicano, pois, a partir desse instrumento, é colocada em prova a eficiência da Instituição.

3 – CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo posicionamento segundo o qual as audiências públicas mostram-se adequadas a conferir ao Ministério Público maior domínio dos fatos para a formação de sua convicção, tornando a atuação mais eficiente e, ao mesmo tempo, porque submetida ao debate, mais legítima e, por estas razões, devem ser intensificadas, passando a integrar a rotina das atividades ministeriais, com o propósito de facilitar a obtenção de informações, permitir ações articuladas entre diversos segmentos, assim como apresentar resultados de atuação.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. *On Violence*, San Diego; New York; London: Harcourt Brace & Company, 1970. Tradução livre.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.
- GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva*. In: ____ (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 457-559.
- ____. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

12 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994, p. 27.

13 GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 26.

*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
DECORRENTE DA NÃO OFERTA DE VAGA NO
ENSINO OBRIGATÓRIO¹*

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

A educação é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 6º e 205), norma que se justifica pelo fato de o acesso ao ensino, em condições adequadas, constituir-se em pressuposto para o atingimento das finalidades do Estado Brasileiro (CF, arts. 1º e 3º). Por isso, o acesso à educação básica obrigatória e gratuita (CF, art. 208, I) é tido como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º).

Não obstante, dentre outros indicadores igualmente idôneos, o “Programme for International Student Assessment”, desenvolvido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), coordenado no Brasil pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), produziu Relatório de abrangência nacional, denominado PISA 2012 – Resultados Brasileiros, apontando que mais de 60% (sessenta por cento) dos alunos brasileiros, acima de 15 (quinze) anos de idade, apresentavam insuficiência de letramento e baixo nível de proficiência em matemática.

Por outro lado, dados do “Observatório do PNE”, divulgados pelo Todos pela Educação, dão conta de que 2,5 milhões de crianças e adolescentes ainda permanecem fora do sistema de ensino. Destas, 600 mil são crianças de 04 e 05 anos de idade³.

Tal quadro desperta enorme preocupação, pois ausência da proteção eficiente da política pública voltada à oferta da educação obrigatória, para além de violar direitos elementares, proporciona danos irreparáveis às crianças e adolescentes, trazendo-lhes consequências negativas nos aspectos neurológico, social, pedagógico e econômico.

Constatado o nexo entre a conduta estatal e os danos suportados, exsurge o dever do Estado de reparar este dano, inclusive em sua aceção moral. É o que se passa a demonstrar.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Do dever do Estado ofertar serviços educacionais

O art. 227 da Constituição Federal assegura, à criança e ao adolescente, inúmeros direitos, dentre os quais a educação. Por outro lado, estabelece o dever de se conferir prioridade absoluta na implantação de políticas públicas voltadas à sua efetividade. Vale ressaltar que esta norma constitucional, por tratar de direitos fundamentais, tem aplicação imediata, consoante a determinação do § 1º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, independe de regulamentação: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional reforça os deveres constitucionais: “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio;” (art. 4º).

O art. 1º do ECA institui a doutrina da proteção integral, concebida a partir de um sistema de proteção prioritário dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, oponíveis ao Estado, à família e à sociedade. Determina a atuação conjunta, para que seja disponibilizada à população infanto-juvenil toda assistência necessária para o seu completo desenvolvimento. Dentre os direitos que compõem este sistema inclui-se, por óbvio, o direito à educação.

Em decorrência da posição doutrinária assumida, o ECA elenca a obrigatoriedade em se assegurar todas as oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º).

Ressalva-se ser inviável a invocação de razões de ordem financeira para a negativa à efetivação de tal direito, diante da determinação constitucional de que a área possui tratamento prioritário, e não somente isto, de forma absoluta. É o que sustenta o Min. Herman Benjamin:

No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição e pela lei. (STJ. REsp. 440.502/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 15.12.2009)

³ Dados disponíveis em: <http://www.observatoriodopne.org.br/>. Acesso em 05.04.2017.

Importa a menção de que a reserva do possível encontra limitação insuperável no conjunto de direitos fundamentais que integram o núcleo do denominado mínimo existencial. Insere-se nesse conceito:

[...] um complexo de prerrogativas **cuja concretização** revela-se **capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.** (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011)

Especificamente sobre a política pública para a educação, Ana Paula de Barcellos posiciona a reserva do possível, em face de políticas voltadas à concretização de direitos de tal envergadura:

Prosseguindo no exemplo da educação, é certo que todos os recursos previstos nos arts. 195, 198, par. 2º e 212 da Constituição terão de ser investidos em serviços de educação pelos diferentes entes federativos. Se esse investimento, porém, não for suficiente para produzir o resultado esperado – a oferta de educação fundamental⁴ gratuita para toda a população –, outros recursos além desse mínimo terão de ser aplicados em políticas públicas até que a meta seja alcançada. Por outro lado, se o resultado em questão for atingido com um investimento menor do que o mínimo previsto constitucionalmente, o restante dos recursos continuará a ser aplicado em educação, agora na realização de outras metas previstas pelo texto constitucional, como, e.g., a progressiva universalização do ensino médio etc.⁵

Perfeitamente delineado no ordenamento jurídico, portanto, o dever do Estado em ofertar o ensino obrigatório.

2.2. Dos danos suportados por aqueles que não têm acesso à educação obrigatória

Sob o enfoque pedagógico, estudos indicam que a educação infantil produz reflexos positivos no aproveitamento do ensino fundamental, tanto no que diz respeito ao nível de aprendizagem, quanto ao combate à evasão escolar.

Ademais, há que se destacar o caso das famílias que não dispõem de condições financeiras para contratar os serviços de pessoas habilitadas a cuidar de seus filhos, considerando a hipótese bastante comum de tanto o pai, quanto a mãe exercerem atividades laborais. Em circunstâncias como tais, as crianças acabam por permanecer em casa, sozinhas, sem a assistência de quem quer que seja ou, quando muito, na companhia de irmãos mais velhos ou de pessoas absolutamente desqualificadas para as assistirem. Este quadro, além do prejuízo para a formação intelectual, expõe a criança ao estado de notória vulnerabilidade, caracterizando a situação de risco, a que todos estão obrigados a prevenir (ECA, art. 70).

A relevância da educação infantil, em seus diversos aspectos, tem sido objeto de pesquisas, inclusive na área econômica, sendo de se destacar os estudos desenvolvidos pelo economista James Heckman, ganhador do Prêmio Nobel. Segundo o pesquisador, crianças que frequentaram a educação infantil obtiveram rendas mais elevadas na fase adulta, estiveram menos suscetíveis à prisão, gravidez precoce e à dependência de programas governamentais de transferência de renda. Conclui ser a educação infantil o melhor investimento social existente e, além disso, quanto menor for a idade da criança destinatária da alocação dos recursos públicos, maior será o retorno para ela e para a sociedade⁶.

Observa-se que o dano pode atingir o patrimônio da pessoa, sendo ele material, assim como pode reunir feição moral, hipótese em que “atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”⁷.

Para Yussef Said Cahali:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido;

4 Faz-se a ressalva de que o texto é anterior à EC 59/2009 e, por isso, a ausência de menção à obrigatoriedade da educação na fase pré-escolar.

5 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan.-mar./2007, Salvador, p. 21.

6 Referência constante de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas a respeito da educação infantil. Disponível em http://cps.fgv.br/edu_infancia. Acesso em 26.05.2014.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, p. 359.

no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou nos desgastes psicológico, nas situações de constrangimento moral⁸.

É preciso, ainda, distinguir os danos morais coletivos (gênero) em danos morais de natureza difusa e danos morais de natureza individual homogênea (espécies). Os danos morais de natureza difusa consubstanciam-se em verdadeira sanção pecuniária, ou seja, possuem natureza punitiva. Seria, nesse sentido, a admissão do caráter punitivo da responsabilidade civil, como uma técnica do valor de desestímulo. Decorre da violação dos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, tendo em vista o abalo, a indignação, a diminuição da estima, apreendidos em sua dimensão coletiva, o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de descumprimento da política pública traçada pelo Constituinte. Dada a indeterminabilidade dos titulares de tal direito, os valores ressarcidos serão revertidos aos fundos dos direitos difusos (LACP, art. 13).

Para Carlos Alberto Bittar Filho: *“Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial”*⁹.

Os danos morais coletivos de natureza individual homogênea, por sua vez, guardam natureza individual e surge, exatamente, do abalo psíquico individual. Verifica-se, portanto, que não se confunde com o dano coletivo, como aliás, é ressalvado pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao microsistema das tutelas coletivas (LACP, art. 21), quando excepciona o “dano individualmente sofrido” (CDC, art. 91).

Faz-se essa distinção para concluir que a não oferta de vagas pelo Estado, na educação obrigatória, provoca danos morais tanto de ordem coletiva, como também de ordem individual homogênea.

2.3. Da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação de responder pelos danos, até mesmo morais, causados por ação ou omissão de seus agentes (CF, art. 37, § 6º). Trata-se de preceito normativo autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrido o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

Transcreve-se a jurisprudência:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público.

2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado.

3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. Agravo regimental não provido. (STF. ARE 697326 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli. J. 05.03.2013)

Quanto ao resultado da omissão estatal, para os fins do presente trabalho, ressalta-se ter o dano moral previsão constitucional (CF, art. 5º, V e X). De igual forma, o Código Civil de 2002 refere-se explicitamente ao dano moral: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186).

⁸ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.

⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. Revista de Direito do Consumidor n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55.

Ressalta-se, como paradigma à tese que ora se sustenta, recente precedente do Supremo Tribunal Federal, em que se reputou como dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, a observância, em seus presídios, de padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, concluindo pela existência da obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Ponderou-se que a criação de subterfúgios teóricos, como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos, para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem, afronta não apenas o quanto assegurado pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, como também traduz-se no esvaziamento de inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais. O descumprimento reiterado dessas cláusulas se transforma em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado (STF. RE 580.252/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 16.02.2017).

Verifica-se ser o reconhecimento do dano moral, inclusive no campo das tutelas coletivas, matéria já sedimentada nos Tribunais (STJ. AgInt no AREsp 1.004.637/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

A mesma ordem de raciocínio deve ser desenvolvida em relação às pessoas que suportam danos decorrentes da não obtenção de acesso à educação obrigatória, pois se está diante de dever inescusável do Estado, sendo que, na hipótese de sua omissão, danos materiais e morais bastante significativos são verificados.

3 – CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, inclusive por danos morais, individuais e coletivos, decorrente da insuficiência da oferta da educação obrigatória, consubstanciada na negativa de acesso ao sistema público de ensino, o que poderá ser tutelado, no campo das tutelas difusas, pelos legitimados para a ação civil pública, dentre os quais se destaca o Ministério Público; como também no plano individual, diretamente pelo interessado.

4 – REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan.-mar./2007, Salvador.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCn=58004>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

*DAS CONSEQUÊNCIAS DO SILÊNCIO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL*¹

HUGO EVO MAGRO CORRÊA URBANO²

ÍTALO JOÃO CHIODELLI³

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Do direito constitucional ao silêncio e seus limites – 3. Do não alcance do artigo 5º, inciso LXIII, da CR/1988 no processo civil e na investigação cível – 4. Conclusão objetiva – 5 . Referências bibliográficas.

RESUMO:

A presente tese versa sobre as consequências jurídicas decorrentes do silêncio do investigado em procedimentos de natureza cível, principalmente, a possibilidade de se usar essa sua conduta contra ele.

Palavras-chave: Direito ao silêncio – Improbidade administrativa – Investigação – Inquérito Civil.

1 **APROVADA POR UNANIMIDADE**

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor (2013) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

3 Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

No curso da investigação cível, havendo necessidade de se colher o depoimento pessoal do investigado, ele deve ser advertido de que tudo que ele disser pode ser usado contra ele, bem assim o fato de ele permanecer calado, empregar evasivas ou se recusar a responder qualquer pergunta, pois, caso adote novamente este comportamento em juízo, essas circunstâncias deverão ser consideradas pelo magistrado na solução do caso, principalmente, na comprovação dos fatos objeto do processo e que embasam a pretensão do Ministério Público, conforme previsão do artigo 385, § 1º, e do artigo 386, ambos do CPC/2015.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

artigo 385, § 1º, e artigo 386, ambos do CPC/2015; artigo 5º, inciso LVXIII, da CR/1988; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016, p. 1.909; GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan., p. 180-181*; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

1. INTRODUÇÃO

Na investigação de violações de direitos difusos, o principal instrumento investigatório do Ministério Público constitui o inquérito civil, servindo para a preparação do exercício das atribuições inerentes às funções institucionais (artigo 1º, *caput*, da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008).

Na instrução do inquérito civil, o membro do Ministério Público, para esclarecimento do fato objeto da investigação, tem o dever-poder de colher todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico (artigo 6º da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008), tais como a juntada de documentos, requisição de informações, oitivas de testemunhas, realização de inspeções e perícias e, ainda, a colheita do depoimento pessoal do investigado.

Especificamente em relação à tomada do depoimento pessoal dos investigados, acontece em alguns casos de o investigado, antes de iniciar o seu depoimento ou no curso dele, passar a se recusar a responder perguntas a respeito dos fatos objeto do inquérito civil, principalmente, em situações em que possam resultar em sua responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

O fundamento jurídico invocado pelo investigado para se calar ou se recusar a responder sobre alguns pontos específicos, por decisão dele ou por orientação de advogado, é o direito constitucional de permanecer calado, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República de 1988⁴.

Sustenta-se na presente tese que o investigado em inquérito civil por fatos que possam gerar responsabilidade única e exclusivamente na esfera cível, como a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, não tem direito a permanecer em silêncio. Consequência disso é que, caso decida permanecer em silêncio ou se recuse a responder uma ou algumas perguntas, essa circunstância poderá ser utilizada contra o investigado em eventual ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa. A recusa em responder as perguntas do Ministério Público, interpretada em conjunto com as demais provas eventualmente produzidas no caso, constitui forte elemento para comprovar o dolo pela prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que, o gestor ou servidor público, no exercício das atividades administrativas no Poder Público, tem o dever de prestar contas de suas decisões e atos, por força dos princípios da legalidade e da transparência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988).

Encontrando-se investido em cargo público, o servidor ou mandatário lida diuturnamente na gestão da coisa alheia, de titularidade da sociedade como um todo, e deve, portanto, prestar contas de seus atos e decisões, quer pelos meios ordinários (informações aos Tribunais de Contas e órgãos de fiscalização, publicações, respostas a petições, etc.) quer pelos meios extraordinários (procedimentos disciplinares, investigações cíveis promovidas pelo Ministério Público, tomadas de contas, etc.).

Para melhor demonstrar os fundamentos jurídicos dessa tese, passa-se à análise do assunto em dois tópicos: o primeiro sobre o direito constitucional ao silêncio e seus limites e o segundo sobre o tratamento dado ao silêncio do réu no processo civil.

4 “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

2. DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SEUS LIMITES

No contexto histórico da concretização e expansão dos direitos fundamentais – especialmente no âmbito internacional, no que diz respeito aos assim chamados direitos humanos –, o direito ao silêncio, compreendido como a mais eloquente expressão do direito de não se autoincriminar, certamente ocupa um capítulo de notório destaque. A sua sedimentação como posição jurídica constitucionalmente tutelada representa uma das conquistas humanitárias de maior relevância, a despeito da sua já secular existência.

E isto muito se deve às circunstâncias do seu surgimento/reconhecimento, o qual ocorreu em meio a uma das passagens históricas mais obscuras da civilização medieval e moderna, que externava no processo de punição dos delitos a sua faceta mais tenebrosa, marcada pelo horror e pela desumanidade com que eram tratadas as pessoas responsabilizadas pela prática de um crime, fossem elas inocentes ou culpadas.

Naquela conjuntura, a responsabilização penal de uma pessoa acusada da prática de um delito não era tão somente um processo de resposta social ao fato indesejado, que deveria se concretizar com a aplicação de uma pena; tanto o processo de apuração do delito quanto a própria aplicação da punição eram tidos como um espetáculo de fervoroso apelo popular, no qual o ator principal era o acusado.

Ao longo daquele arcaico processo punitivo, o suspeito era submetido às mais pavorosas provações antes mesmo de se delinear a sua culpa, enquanto ainda se buscava a verdade dos fatos. Se a punição em si era algo temido – ressalta-se que, naquela época, as sanções penais consistiam nos suplícios do corpo, nas ordálias, nos duelos judiciais, etc. –, de igual modo, ou até mais, temiam-se os procedimentos utilizados na apuração da verdade dos fatos, ganhando destaque as funções cumpridas pela tortura, que, ao mesmo tempo, era tanto um elemento instrumental para obtenção da verdade quanto um elemento punitivo propriamente dito, de forma que a própria Ordenação Francesa de 1670 lhe classificava como sendo uma pena tão grave que ficava abaixo tão somente da pena de morte.

Como destaca Michel Foucault⁵, a tortura tinha um objetivo bastante claro, que era o de obter a verdade a partir da confissão do suspeito, de maneira que se mesclavam os atos de investigação com a própria punição, aí residindo a principal contradição daquele sistema punitivo, afinal, o processo de apuração da verdade que, futuramente, deveria legitimar a pena, culminava por se transformar ele mesmo na punição, independentemente do fato de ser inocente ou culpado o investigado. Ante tal contexto, conclui o autor que a “cerimônia penal” nada mais era do que um longo processo de confissão pública obtida a partir do cumprimento dos papéis dos atores daquele processo: o inquisidor, torturando o suspeito com vistas a obter a “verdade”; o acusado, relatando a prática do delito, tenha ele ocorrido ou não, satisfazendo a opinião pública e autorizando a superveniência da nova punição, agora propriamente dita.

Nesta senda, nota-se que o suspeito era considerado como um “meio-culpado”, sendo, por tal razão, legítima a aplicação da tortura como “meia-pena” para a futura obtenção da “meia-verdade” restante para a elucidação do fato delituoso, que se consolidava com a confissão, a prova mais cabal da efetiva ocorrência do fato. Assim, concretizava-se aquilo que Foucault denominou de suplício do interrogatório, um temido instrumento de extorsão da verdade que adentrava na intimidade do pensamento do acusado e lhe arrancava aquilo que, para a sociedade, precisava ser dito a fim de completar o ritual punitivo.

Sucedem que, neste obtuso sistema punitivo, para além da sua assustadora e desmedida intervenção na vida e na dignidade dos membros daquela civilização, tornava-se impossível distinguir os inocentes dos culpados, haja vista que os mecanismos de apuração da verdade tornavam qualquer suspeito em criminoso. Daí a advertência de Cesare Beccaria⁶, segundo o qual a tortura é um meio seguro de condenar o inocente fraco e o de absolver o culpado resistente, haja vista que, entre dois homens igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e aguentar a dor infligida pela tortura será absolvido; no entanto, o mais fraco, incapaz de aguentá-la, será condenado. A propósito, prossegue o célebre autor afirmando que, nestas circunstâncias, o inocente se encontra numa posição até mesmo pior que a do culpado: ou será condenado, confessando um crime que não cometeu, ou será absolvido após sofrer tormentos que não mereceu, que por si só já constituem uma severa punição.

Por certo, esse método perverso de apuração dos fatos consistente na exigência/obrigação da confissão do acusado não merece crédito algum, sendo um mecanismo voltado à sistemática deturpação da figura humana, usado em larga escala nas épocas inquisitoriais e pré-revolucionárias para produzir verdades de forma cruel, visando legitimar práticas punitivas ainda mais animalescas, banalizando a dignidade humana ao tratá-la como valor secundário e reservado a uma determinada classe (aos não-suspeitos).

Tal prática haveria, pois, de encontrar limites, os quais, de fato, começaram a se concretizar a partir da superveniência do Estado de Direito e da limitação do poder estatal; mormente quando do processo de constitucionalização dos direitos humanos nos mais variados ordenamentos jurídicos que daí decorreram, passando a constituírem direitos fundamentais exercitáveis pelos titulares em face do seu principal destinatário, que era o Estado.

5 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

6 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

No plano histórico, ao menos no que diz respeito à Constituição em seu sentido material e moderno, pode-se dizer que a primeira manifestação constitucional do direito ao silêncio sobreveio com a aprovação da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, adquirindo vigência no ano de 1791, aonde foi previsto o assim chamado *privilege against self-incrimination* (privilégio contra a autoincriminação), restando estabelecido que ninguém poderá ser compelido a depor contra si mesmo sobre fatos que possam lhe acarretar responsabilidade penal. Restava, pois, vedada a obtenção da confissão do acusado por meios que interferissem na sua voluntariedade.

Naquela mesma nação, a amplitude do direito ao silêncio ganhou contornos ainda mais rigorosos a partir do julgamento do caso *Miranda v. Arizona* (1966), no qual se reconheceu a invalidade de uma confissão obtida em interrogatório policial pelo fato de que o acusado, antes de ser questionado, não havia sido advertido pelas autoridades envolvidas acerca do seu direito constitucional de permanecer em silêncio (“*to plead the fifth*”; invocar a quinta emenda), caso este que ganhou bastante repercussão no direito comparado, influenciando os demais ordenamentos jurídicos, que, a partir de então, passaram a exigir expressamente o assim chamado “*Miranda warning*” ou “*Miranda rights*”, havendo a obrigatoriedade de se dar ciência ao acusado acerca do seu direito ao silêncio⁷.

Ainda no ano de 1966, no contexto internacional, sobreveio a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, um dos mais relevantes instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, restando nele previsto o direito ao silêncio (Artigo 14, Inciso III. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: Alínea “g” - De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada). De modo semelhante, no ano de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos também dispôs acerca do aludido direito (Artigo 8º, Inciso II. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; Alínea “g” - direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada).

Embora os aludidos documentos internacionais datem do ano de 1966 e de 1969, o Brasil só se tornou signatário de ambos no ano de 1992, uma vez cumpridos os procedimentos formais. Contudo, apesar do considerável atraso na vigência dos aludidos tratados internacionais no plano nacional, a despeito da péssima técnica legislativa, o direito ao silêncio do acusado já havia sido finalmente previsto na Constituição da República de 1988, que dispôs, em seu artigo 5º, inciso LXIII, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Dessa forma, no âmbito constitucional brasileiro, o direito ao silêncio possui *status* de direito/garantia fundamental, sendo dotado de amplo alcance normativo e de eficácia imediata, embora exista sua devida previsão e disciplina também no plano infraconstitucional⁸.

Quanto ao âmbito de proteção, o direito ao silêncio garante a toda e qualquer pessoa que, de maneira formal ou informal, ostente a qualidade de acusada/suspeita da prática de um delito – ou que, na sua convicção, a partir de então ou de outro momento futuro, assim poderá sê-la – o direito de permanecer calado sobre aquilo que lhe for perguntado acerca dos fatos objeto de apuração. E mais: o aludido direito fundamental garante que aquele que se manteve em silêncio não poderá sofrer nenhuma consequência jurídica negativa decorrente de tal conduta, não sendo a ele imposto nenhum gravame pelo fato de não ter colaborado com a apuração do fato tido como delituoso. Logo, do exercício do direito ao silêncio não poderá nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o acusado/suspeito⁹.

Como se infere, o direito ao silêncio é uma das facetas do direito de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), o qual consiste na possibilidade de o acusado/suspeito não adotar nenhuma espécie de comportamento ativo ou passivo no sentido de colaborar com a elucidação da imputação penal que lhe é dirigida, tratando-se de um direito com intrínseca ligação com o princípio fundante da presunção de não-culpabilidade (inocência), também alçado ao *status* de direito fundamental.

Quanto aos limites do exercício de tal direito, estes vêm devidamente estabelecidos tanto na Constituição da República de 1988 quanto nos demais instrumentos normativos infraconstitucionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Código de Processo Penal, etc.), restando delimitado que a sua incidência se restringe tão somente à apuração de fatos que possam ter repercussão penal. Ou seja, o silêncio de uma pessoa investigada só se demonstra legítimo com relação à apuração de fatos que possam implicar em sua responsabilidade penal, dada a suspeita da possível prática de um delito, cuja consequência poderá implicar no cerceamento de sua liberdade.

Ontologicamente, como já debatido, o direito ao silêncio foi reconhecido a partir dos abusos punitivos praticados na apuração e na responsabilização de pessoas acusadas da prática de delitos. Como o delito retrata a mais grave violação da ordem jurídica, dela decorrendo, por tal razão, a mais grave consequência, que é a pena, somente no âmbito da responsabilização penal se demonstra legítimo e necessário garantir ao acusado o direito de permanecer em silêncio e de não colaborar com apuração que, possivelmente, trar-lhe-á severas consequências.

7 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

8 Além da previsão expressa nos aludidos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que possuem hierarquia normativa supralegal, o direito ao silêncio também foi devidamente disciplinado no artigo 186 do Código de Processo Penal.

9 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Por ser expressão do direito de não se autoincriminar, o direito ao silêncio só diz respeito à confissão de fatos dotados de relevância penal. Do direito de não se autoincriminar não decorre um inusitado direito de não se autoafirmar responsável pela prática de outras espécies de ilícitos, tais como os relacionados a ilicitudes civis, administrativas, trabalhistas, fiscais; em suma, ilícitos sem repercussões penais, não relacionados a condutas penalmente relevantes. Pelo contrário, em casos tais, o silêncio do investigado não possui tutela constitucionalmente garantida, dele podendo decorrer consequências negativas autorizadas pelo ordenamento infraconstitucional, tais como a confissão ficta dos fatos silenciados (presunção de veracidade), a constatação da evidência para fins de tutela processual de um direito, etc.¹⁰

De fato, somente no âmbito da apuração penal é que se legitima o exercício do direito ao silêncio. Isto porque, quando da responsabilização penal, segundo o ensinamento de Luigi Ferrajoli¹¹, o acusado/suspeito é a parte mais débil ou hipossuficiente, uma vez que se encontra pressionado pelo forte aparato social de repressão penal (leis severas de viés autoritário, opinião pública, sentimento de vingança, etiquetamento/seletividade penal, etc.), ameaçado pela incidência de uma grave punição, devendo existir um sistema de garantias que lhe assegure contra eventuais excessos comumente praticados ao longo do processo de responsabilização penal (“lei do mais débil”). Neste contexto, o direito ao silêncio é um componente desse sistema de garantias, impedindo que o acusado pela prática de um delito seja instado a colaborar com o seu próprio declínio, com a sua própria destruição. Beccaria, com razão, já alertava que é um absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, tratando-se de algo que escapa à natureza humana¹².

No entanto, quando a consequência da ausência de colaboração do acusado/suspeito envolver efeitos alheios à repercussão penal (condutas ilícitas, porém, não tipificadas em delitos), não há falar em hipossuficiência ou debilidade do investigado a exigir a incidência de um sistema de garantias diferenciadas, como o é o direito ao silêncio. Neste sentido, tanto a Constituição da República de 1988 quanto os demais tratados internacionais de direitos humanos são expressos no sentido de vincular o aludido direito fundamental ao âmbito penal, não se tendo notícias de que o direito ao silêncio possua uma amplitude diversa e mais acentuada em outras tradições jurídicas de viés humanitário.

Tal constatação possui relevantes repercussões de ordem prática no direito brasileiro; mormente quando se trata de investigações instauradas para apurar fatos que não abordam condutas penalmente relevantes, tais como aquelas conduzidas pelo Ministério Público para apurar ilícitos relacionados a direitos coletivos *lato sensu*, com especial destaque às apurações referentes à responsabilização de agentes públicos e terceiros beneficiados pela prática de atos de improbidade administrativa.

Nestes casos, inexistindo o direito fundamental ao silêncio, deve-se discutir quais seriam as consequências jurídicas que a não colaboração do investigado ocasionam ao deslinde da apuração, como se passa a fazer a seguir.

3. DO NÃO ALCANCE DO ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CR/1988 NO PROCESSO CIVIL E NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL

Como visto no tópico anterior, o direito de permanecer calado é garantido constitucional e legalmente apenas na esfera penal. Por outro lado, na esfera cível, o depoimento pessoal da parte recebe tratamento legal diverso, o qual deve ser aplicado por analogia também na investigação, uma vez que o inquérito civil constitui a fase preparatória para se adotar medidas extrajudiciais para a solução do problema ou se deduzir a pretensão do Ministério Público em juízo, na defesa dos direitos difusos, especialmente, na proteção do patrimônio público.

Conceitualmente, o depoimento pessoal constitui “o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”¹³ e se encontra regulamentado pelo artigo 379, inciso I, e artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil de 2015. Sua natureza jurídica não é de um dever, mas de ônus, pois as consequências jurídicas impostas por esses preceitos legais ao sujeito que se recusa a depor ou não comparece à audiência de instrução e julgamento são unicamente de seu interesse

10 Aprofundando o debate acerca da não incidência do direito ao silêncio no processo civil, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, em “O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal”, Revista de Processo, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

12 “Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: ‘Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos...’”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002).

13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016, p. 1.909.

e não de interesse de terceiros.¹⁴ O não cumprimento do ônus de depor ou de responder as perguntas que forem formuladas não acarreta, portanto, nenhuma sanção jurídica, mas acarreta apenas uma desvantagem para o sujeito: a confissão dos fatos.

Nesse sentido, o artigo 378 do CPC estabelece que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Em seguida, o artigo 379, *caput* c/c inciso I, dispõe que, preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado.

O artigo 385, § 1º, do CPC/2015 estabelece que a parte que for pessoalmente intimada para depor e advertida da pena de confissão, não comparecer em juízo no dia e hora marcados, o juiz deverá aplicar-lhe a pena de confissão. O mesmo vale para a parte que comparece perante Juízo, nas mesmas circunstâncias, mas se recusa a depor.

O artigo 386 vai mais adiante e prevê que, se a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou utilizar-se de evasivas, o juiz, analisando o contexto do caso e os demais elementos de prova, poderá declarar em sentença que houve recusa da parte em depor e, assim, aplicar-lhe a pena de confissão. Essa pena consiste “em admitir o juiz como verdadeiros os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário”.¹⁵

Como se pode observar da sistemática legal estabelecida para o depoimento pessoal da parte no processo civil, não existe a possibilidade de o sujeito se recusar a depor ou, aceitando depor, recusar-se a responder alguma ou algumas perguntas ou, ainda, valer-se de evasivas. Tanto é assim que, a consequência para a parte que não se desincumbe do ônus de depor é que o juiz pode considerar verdadeiros os fatos contrários ao seu interesse.

A ressalva do *caput* do artigo 379 do CPC no sentido de preservar o direito da parte de não produzir prova contra si própria se refere a outros meios de produção de prova. Isso porque, esta previsão legal encontra-se situada na Seção I – Disposições Gerais, do Capítulo XII – Das Provas, e, portanto, aplica-se a todos os meios de produção de prova. Acontece, que os incisos do próprio artigo 379 estabelecem uma exceção a essa ressalva, ao determinar que cumpre à parte “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado”.

Assim, a parte não tem o dever de confessar os fatos, pois do contrário produziria provas contra si própria, o que é vedado pelo artigo 379, *caput*, do CPC/2015. Porém, se a parte for intimada pessoalmente para comparecer em juízo para depor, com a advertência da pena de confissão, e deixar de comparecer ao ato ou, comparecendo ao ato, se recuse a depor, ela assume o ônus de sua conduta, cuja consequência é a aplicação da pena de confissão. Do mesmo modo, caso a parte pessoalmente intimada, compareça à audiência de instrução e julgamento e se recuse a responder alguma ou algumas perguntas ou empregue evasivas em suas respostas, sem motivo justificado, o juiz também pode aplicar-lhe a mesma consequência jurídica (artigo 385, § 1º, e artigo 386, ambos do CPC/2015).

Nestas duas últimas hipóteses, as justificativas que a parte pode apresentar para se recusar a responder alguma ou algumas perguntas ou empregar evasivas estão legalmente previstas nos incisos do artigo 388 do CPC/2015. Tratam-se das seguintes situações: depoimento sobre fatos (i) criminosos ou torpes que lhe forem imputados; (ii) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; (iii) acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; (iv) que coloquem em perigo a vida do depoente ou de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível.

Em outras palavras, as hipóteses legais de escusa para não responder perguntas específicas amparam-se em situações criminosas próprias, de sigilo profissional, desonrosas ou de risco de vida. Como a investigação cível conduzida pelo Ministério Público constitui a preparação para a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais, no caso em que o investigado se recuse a responder perguntas ou empregue evasivas, sua conduta deve estar justificada em uma das hipóteses do artigo 388 do CPC/2015. Não havendo justificativa que se subsuma em alguma daquelas hipóteses, a recusa do investigado pode e deve ser interpretada em seu desfavor, principalmente, em casos envolvendo a proteção do patrimônio público para a comprovação do dolo do agente público.

Além de se tratar de aplicação analógica das disposições legais sobre o depoimento pessoal na esfera judicial, deduzida a pretensão do Ministério Público contra o investigado em juízo, tornando-o réu em processo civil, caso ele repita seu comportamento, ou seja, se recuse a depor ou a responder algumas perguntas ou, ainda, empregue evasivas, essa sua conduta irá apenas acarretar-lhe desvantagens processuais, pois o juiz poderá considerá-lo confesso.

14 O ônus é consubstanciado por “um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”. Em outras palavras, fala-se de “ônus quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”. Ele se distingue do dever, pois este consubstancia vínculo imposto à vontade do sujeito, mas no interesse de outra pessoa. (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan., p. 180-181. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>).

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, 2016, p. 1.910.

4. CONCLUSÃO OBJETIVA

No curso da investigação cível, havendo necessidade de se colher o depoimento pessoal do investigado, ele deve ser advertido de que tudo que ele disser pode ser usado contra ele, bem assim o fato de ele permanecer calado, empregar evasivas ou se recusar a responder qualquer pergunta, pois, caso adote novamente este comportamento em juízo, essas circunstâncias deverão ser consideradas pelo magistrado na solução do caso, principalmente, na comprovação dos fatos objeto do processo e que embasam a pretensão do Ministério Público, conforme previsão do artigo 385, § 1º, e do artigo 386, ambos do CPC/2015.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016.

*DA IMPLEMENTAÇÃO E SUPORTE DE
PROFISSIONAL ESPECIALIZADO NO
SISTEMA EDUCACIONAL PÚBLICO.
DISPONIBILIZAÇÃO OBRIGATORIA AOS
ALUNOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA
SENSORIAL, FÍSICA E INTELECTUAL¹*

ÍTALO COSTA DIAS²

ELAINE CARVALHO CASTELO BRANCO³

“Somos todos iguais, e ao mesmo tempo diferentes. Somos todos normais, tristes ou contentes. Cadeira de rodas ou a pé, é indiferente, há que ver. Olhos não veem corações, dentro do peito a bater. Ter uma deficiência não é o final, é apenas o início de uma luta desigual.

Nunca digas nunca, a vida não foi feita para desistir, mas para lutar... Lutar e prosseguir! Beatriz
<https://www.luso-poemas.net/modules/news/article.php?storyid=119652> © Luso-Poemas”

1 APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Pará. Titular 2ª entrância 1ª PJ Xinguara

3 Promotora de Justiça no Ministério do Estado do Pará. Titular da 3ª. PJ de defesa das Pessoas com deficiência e idosos da Capital

EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA

No Regimento Interno do XXII Congresso Nacional do Ministério Público, consta dentre os diversos objetivos o de “*aprofundar a discussão acerca dos problemas inerentes à atuação do Ministério Público, colimando a construção de modelos operacionais mais eficazes à realização da justiça e da paz social*”.

Em consonância ao primado acima, o artigo 38º do retro mencionado regimento interno destaca que o XXII Congresso Nacional do Ministério Público tem como tema central “*TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO*”.

Neste espeque, o presente trabalho caracteriza-se pelo temário da Área Cível e Especializadas focalizando na denominada regulamentação, criação e execução de equipamentos necessários e imprescindíveis ao apoio técnico especializado, como profissional cuidador, ao educando portador de deficiência na rede regular de ensino público estadual e municipal.

O artigo 7 da [Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Site externo](#) da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu o compromisso com a adoção de medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidade com as demais. O documento internacional também resolveu a polêmica da coexistência entre um sistema segregado de educação, que se baseia na condição de deficiência, e um sistema comum, que reconhece e valoriza a diversidade humana presente na escola, ao explicitar que o direito das pessoas com deficiência à educação somente se efetiva em sistemas educacionais inclusivos, em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino.

Os novos marcos legais, políticos e pedagógicos da educação infantil, a mudança da concepção de deficiência, a consolidação do direito da pessoa com deficiência à educação e a redefinição da educação especial, em consonância com os preceitos da educação inclusiva, constituíram-se nos principais fatores que impulsionaram importantes transformações nas práticas pedagógicas.

A priori, é fundamental ilustrar que o profissional será um suporte fundamental no acompanhamento e auxílio ao educando, permitindo ao aluno com deficiência a compreensão das matérias, auxílio na locomoção e participação no cotidiano do educando, ofertando suporte na qualidade e condições pessoais dos alunos com deficiência no âmbito do sistema educacional de maneira efetiva e individualizada.

Ademais, o acompanhamento de profissional maximiza o desenvolvimento acadêmico do aluno e social, oportunizando melhores condições e estrutura para a educação plena e com uma verdadeira educação inclusiva. Tais condicionantes, expressas ou implícitas, em tese, são Princípios cardeais de ordem Constitucional vinculados no Artigo 5º e 6º caput da vigente Carta Política,

In verbis:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte.”

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

No mesmo sentido o Art. 4º. Da Lei Brasileira de Inclusão:

“Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.”

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

E ainda o Art. 208 da C.F./88, prescreve que:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;”

Nesse sentido, o artigo 227, § 1º CF/88 dispõe:

(...) § 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: (...) II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e eliminar ou reduzir os obstáculos que impeçam o exercício da própria cidadania.”

A Constituição Estadual do Pará prevê que seu artigo 276 a possibilidade de assistência especial ao educando portador de deficiência física, sensorial ou mental.

“Art. 276. O atendimento educacional será especializado para os superdotados e para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, inclusive com educação para o trabalho, ministrado, preferencialmente, na rede regular de ensino, nos diferentes níveis, resguardadas as necessidades de acompanhamentos e adaptação e garantidos materiais e equipamentos de adequados.

Parágrafo único. As instituições privadas, voltada para o ensino de que trata este artigo, serão apoiadas e acompanhadas pelo Poder Público.”

Nessa mesma linha, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/1996), estabeleceu em seu artigo 58 o seguinte:

“Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

Não bastasse, em 2012 foi editada a Lei 12.764, com o claro objetivo de conceder maior proteção aos alunos portadores do chamado Transtorno do Espectro Autista, os quais, se forem incluídos em classes de ensino comum ou regular, terão direito a devida assistência de um acompanhante especializado, o chamado Cuidador.

Editado o Decreto 8.368, em 2014, regulamentador da Lei 12.764 de 2012, dito expresso no Parágrafo 2 do Artigo 3: Caso seja comprovada a necessidade de apoio às atividades de comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados especiais, a instituição de ensino em que a pessoa com transtorno do espectro autista ou com outra deficiência estiver matriculada disponibilizara acompanhante especializado no contexto escolar, nos termos do parágrafo único do art. 3 da Lei 12.764 de 2012.

Convém sublinhar, na fundamentação do projeto de lei que mais tarde resultou na Lei 12.764 de 2012, restou Acrescentando parágrafo ao artigo 58 da Lei de Diretrizes e Bases, após o parágrafo primeiro desse artigo que trata justamente da oferta obrigatória dos serviços de apoio especializado nas escolas regulares, para destacar a obrigatoriedade da presença de Cuidador quando as condições do aluno com deficiência assim o recomendar.

A Lei, portanto, revela a figura jurídica do Cuidador, que tecnicamente não pode ser o professor de apoio ou professor auxiliar, mas da figura do agente administrativo, enfermeiro ou técnico de enfermagem, assaz habilitado para oferecer os cuidados necessários ao educando, ate porque incumbe ao cuidador auxilia no processo de inclusão do educando portador de necessidades ou deficiências, notadamente no que tange a mobilidade no ambiente escolar além de atender a necessidades de ordem pessoais do educando. Doutro lado, além do professor de ensino regular, tem-se a figura do professor especializado extraído do Artigo 59, Inciso II, da Lei 9394, de 1996.

Trata-se de fato, de um professor com especialização na área funcional de ensino. Nessa hipótese, a função precípua consiste no auxílio direto e pessoal ao educando, na execução de suas tarefas escolares como também no tocante ao sistema de comunicação do educando com terceiros.

Cabe sublinhar, a escola deve disponibilizar o profissional especializado (professor de apoio; professor auxiliar ou cuidador), se e quando restar comprovado que o educando especial efetivamente precisa dos serviços do acompanhante especializado.

Conforme for a quantidade de educando portadores de necessidades especiais ou deficiências, parece importante a criação, na escola municipal ou estadual, de uma classe especifica na qual os educandos devem ser aglutinados. Ocorrendo a gradativa melhora individualizada, conforme avaliação, o educando sera inserido em sala de aula junto aos demais educandos normais, para a devida inclusão social.

Nessa hipótese, e de acordo com a incapacidades dos educandos (cego, surdo, surdo-mudo, autista, etc), torna-se necessário a limitação de matricula, afim de que haja a efetiva utilidade ou proveito.

Assim, é indiscutível a necessidade da presença de um cuidador para garantir a inclusão e a aprendizagem de alguns alunos.

O papel do cuidador é oferecer o acompanhamento individualizado, de forma a viabilizar a mobilidade no ambiente escolar, o atendimento de necessidades pessoais e a realização de outras tarefas que não podem ser prestadas pelo professor.

A transformação dos sistemas educacionais em sistemas educacionais inclusivos inicia-se, portanto, pela garantia de pleno acesso aos alunos e alunas com deficiência à educação infantil, com a efetivação das medidas necessárias à consecução da meta de inclusão plena.

Tramita no Câmara dos Deputados, mais especificamente com redação final pela **Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania Projeto de lei nº 8.014-D de 2010** que “Acrescenta §4º ao art. 58 da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para assegurar a presença de cuidador na escola, quando necessário, ao educando com deficiência”.

In verbis, a redação final do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal para deliberação:

“§4º Quando necessário para promover o atendimento educacional na escola regular, e em função das necessidades específicas do aluno, será assegurado ao educando com deficiência a presença de cuidador no estabelecimento das suas necessidades pessoais”

No Senado Federal o projeto de lei Nº 228 de 2014 trata da mesma matéria de assegurar a assistência ao educandos portadores de necessidades especiais ao cuidador.

Vejamos:

“Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para, quando necessário, assegurar ao educando com deficiência a assistência de cuidador nas escolas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 58 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 58.....

§ 4º Ao educando com deficiência será assegurada a assistência de cuidador, nos estabelecimentos de ensino públicos ou privados, quando necessário para promover seu atendimento educacional na rede regular de ensino.

§ 5º A ocupação de cuidador escolar caracteriza-se pelo serviço de auxílio prestado, no âmbito de instituição de ensino, a educandos com deficiência, considerada assim qualquer limitação, ainda que temporária, que os impeça de realizar tarefas básicas da vida diária.

§ 6º O cuidador escolar deverá ter como formação mínima curso técnico de nível médio em enfermagem ou em cuidados.

§ 7º O piso salarial dos cuidadores escolares é fixado em setenta por cento do piso salarial nacional dos profissionais do magistério público da educação básica, para a jornada de quarenta horas *semanais.*” (NR)”

O Decreto Legislativo n.º 6.989/2009 estabelece que as normas previstas na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007.

In verbis:

“Artigo 3. (...) Os princípios da presente Convenção são: (...) c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) A igualdade de oportunidades; Artigo 24. Educação. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a Vida, com os seguintes objetivos: (...) c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre. 2. Para realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: (...) b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino

secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de Inclusão plena.”

Hodiernamente, as transformações sociais e normativas no tocante a temática de inclusão das pessoas com necessidades especiais, com a observância do paradigma de suporte, impõe-se ao Poder Público a verdadeira e efetivação de meios para a promoção do desenvolvimento pessoal e da emancipação social das pessoas com necessidades especiais.

Neste esboço a chamada sociedade inclusiva, que vem a ser uma forma da sociedade se adaptar seja em ambientes físicos, dos valores e do suporte humano com finalidade precípua de absoluta acessibilidade e com acesso aos recursos e bens da sociedade àqueles com necessidades especiais.

No setor de educação estadual e municipal a educação inclusiva faz-se necessária e imprescindível para a verdadeira disponibilização de suportes com a oferta de equipamentos e ajudas técnicas, incluindo-se aí a contratação de profissionais técnicos, com qualificação adequada para as necessidades dos educandos, como uma das formas de viabilizar a iniciativa e continuação destes alunos que apresentam necessidade na rede de ensino.

Neste sentido, vejamos “a análise por meio de um parecer técnico elaborado pela organização não governamental SORRI-BRASIL, em vista de convênio de cooperação técnica firmado com o colendo Ministério Público do Estado de São Paulo, onde se destaca de forma veemente a necessidade de Cuidador na rede de ensino.”

Transcrevemos-se importante trecho do parecer:

“(…) A disponibilização do cuidador na escola, pelos órgãos públicos brasileiros responsáveis pela educação, nos âmbitos municipais, estaduais e federal, é medida imprescindível e não depende de regulamentação, para viabilizar o atendimento às necessidades de cuidados e apoio às atividades de vida diária e vida prática aos alunos com limitações funcionais ou deficiências, viabilizando, assim, seu ingresso e permanência na escola, direito básico à educação garantido constitucionalmente”.
”(http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/PesquisaAvancada)

Por essa razão o profissional é indispensável nas escolas de modo que cabe ao Estado disponibilizá-lo. Nesse sentido é o posicionamento unânime da jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PRETENSÃO DA ALUNA DE OBTER APOIO DE INTÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS, PARA ACOMPANHÁ-LA DURANTE AS AULAS E DEMAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. POSSIBILIDADE.

1. É dever do Estado ofertar educação escolar às pessoas portadoras de deficiência (CF, art. 208, inciso III), propiciando, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades dessa clientela (Lei 9.394/96, art. 58, § 1º) (...). (TRF1 - AMS 2003.38.00.053317-2).

Ademais, estando as pessoas com necessidades especiais impossibilitadas às atividades rotineiras como alimentar-se, vestir-se, higienizar-se, dentre outras, se torna impossível que os princípios de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola aconteça. Sobre a acessibilidade da pessoa com necessidades especiais, transcreve-se os ensinamentos do Desembargador Relator Milton Gordo (LEX – 209/20):

Sobre a definição de direitos fundamentais de prestação material o Mestre Constitucionalista J.J. CANOTILHO que:

“Os chamados direitos a prestação materiais, recebem o rotulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar as desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveita ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). (...) Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades.” (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, Saraiva, pag. 259/260).

Ressalta ainda que:

“A garantia do recurso contencioso dos cidadãos para os tribunais (justiça administrativa) a fim de defenderem seus direitos e interesses contra os actos lesivos da administração foi atrás considerada (...) como um dos elementos constitutivos do Estado de direito democrático e um dos instrumentos de garantia da legalidade democrática. A justiça constitucional é, de certo modo, uma extensão da idéia subjacente à justiça administrativa: submeter ao controlo dos tribunais os actos dos órgãos políticos e legislativos (e não apenas os actos de administração) e aferir a sua conformidade material e formal segundo o parâmetro superior da constituição” (CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional. 7ª Ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2004. P. 892/893)

No mesmo sentido é, também, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. (...) Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a Saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.” (STJ – REsp. n.º 1.041.197-MS)

Desse modo, a compreensão tirada e que, no caso de comprovada necessidade, ao educando portador de necessidades especiais ou deficiência, de acordo com o caso em concreto, o devido acompanhamento, seja na qualidade de Cuidador - que se efetiva no apoio a locomoção, alimentação inclusive outros cuidados de ordem pessoal -, seja na qualidade de Mediador, também conhecido como Professor de Apoio, no tocante as atividades de comunicação, auxílio na resolução das tarefas escolares inclusive interação social é fundamental a sua implementação na redes de ensino público.

A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (Lei Brasileira de Inclusão).

2. CONCLUSÃO OBJETIVA:

- 4.1. Indiscutível necessidade da presença de um cuidador para garantir a inclusão e a aprendizagem de alguns alunos.
- 4.2. Cabe ao Estado disponibilizar, em caráter obrigatório, ao aluno portador de deficiências, os serviços necessários a sua inclusão social.
- 4.3. A necessidade dos serviços especiais deverão ser avaliados por profissional capacitado, isto é, através do pedagogo, psicopedagogo, ou neuropedagogo.

ADITIVO

Inclusão do item 4.4

- 4.4. Necessidade de buscar inclusão nas Leis Estaduais de artigo prevendo as equipes técnicas e cuidadores nos estabelecimentos de ensino

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, C. (Coord.) **Inclusão dá trabalho**. Belo Horizonte: Armazém de Idéias, 2000.

Bénard da Costa, A. M. (2006). *Promoção da Educação Inclusiva em Portugal – Fundamentos e Sugestões*. Debate Nacional sobre Educação. Disponível em <http://www.debatereducacao.pt/relatorio/files/CpII4.pdf>.

Bispo, M^a.; Couto, A.; Clara, M^a. & Clara, L. (coord.) (2006). *O Gesto e a Palavra I. Antologia de textos sobre a surdez*. Projecto AFAS. Lisboa: Editorial Caminho.

BRASIL. **Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**. Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência/Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília: CORDE, 1992.

BRASIL. Constituição Federal.

BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão.

Correia, L. M. (1997), *Alunos com Necessidades Educativas Especiais nas Classes Regulares*, Porto: Porto editora.

Correia, L. M. (2008). *Inclusão e Necessidades Educativas Especiais*. Um guia para Educadores e Professores. (2^aed). (Coleção Necessidades Educativas Especiais). Porto: Porto Editora.

PLATAFORMA CIUTADANA PER A UNA ESCOLA INCLUSIVA (2006). *Horitzó: Escola Inclusiva*. Barcelona.

Sanches, I. (2005). *Compreender, agir, mudar, incluir. Da investigação-acção à educação inclusiva*. *Revista Lusófona de Educação*, 5, 127-142.

SASSAKI, Romeu Kasumi. *Inclusão: Construindo Um a Sociedade Para Todos*. 3^a edição. Rio de Janeiro: WVA, 1999, 174p.

Serra, H. (coord.) (2008). *Estudos em Necessidades Educativas Especiais. Domínio Cognitivo*. (1^aed). (Biblioteca do Professor). Porto: Edições Gailivro, S.A.

Declaração de Salamanca – UNESCO - em 1994 Unesco (2005). *Orientações para a inclusão. Garantindo o acesso à educação para todos* (tradução portuguesa). Paris, Unesco.

DIRETRIZES PARA A CESSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS¹

LEONARDO DUMKE BUSATTO^{2*}

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

² * Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Titular da 4ª Promotoria de Justiça de Paranaguá e Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) do Litoral do Paraná.

I – JUSTIFICATIVA:

Uma das demandas frequentes de atuação do Ministério Público na seara de defesa do patrimônio público e combate à improbidade administrativa está seguramente relacionada aos inúmeros ilícitos que ainda permeiam a conformação do quadro de pessoal da Administração Pública em suas diferentes esferas, não obstante o regramento que lhe foi conferido há mais de vinte anos pela Constituição Federal vigente.

O plano regional de atuação do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) do Litoral do Paraná para o ano de 2017, a par dessa situação, veicula proposta específica para verificação e correção de ilicitudes envolvendo diferentes temas afetos aos agentes públicos integrantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo dos Municípios de Antonina, Guaraqueçaba, Guaratuba, Matinhos, Morretes, Paranaguá e Pontal do Paraná.

Dentre as ilicitudes comumente verificadas nesse aspecto, ao menos nas estruturas municipais da Administração Pública, está a desconforme cessão de agentes públicos entre os mais diferentes órgãos estatais, a qual não raras vezes é realizada para solver situações de mero interesse pessoal dos próprios agentes beneficiários da cedência materializada, e não propriamente para atender ao interesse público que, a priori, deveria nortear a prática de todo e qualquer ato administrativo.

Urge, portanto, a adoção de critérios objetivos e parâmetros calcados nas diretrizes constitucionais para o enfrentamento do tema, os quais serão objeto deste trabalho, sobretudo com a finalidade de contribuir para o desempenho da missão institucional do Ministério Público em sede extrajudicial.

II – A CESSÃO DE AGENTES PÚBLICOS E OS CRITÉRIOS PARA A SUA REALIZAÇÃO:

Conceitualmente, a cessão pode ser definida como ato administrativo que permite o afastamento temporário de servidor público, compreendido este como o titular de cargo ou emprego público, e possibilita o exercício de atividades por este em órgão ou entidade (inclusive privada) distinta da origem.

Como todo ato administrativo, a cessão está submetida aos princípios norteadores da Administração Pública, dentre eles o princípio da legalidade, o qual, como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, impõe aos agentes públicos, e àqueles que com a Administração Pública se relacionar, a completa submissão às leis.

Sob esse prisma, necessária a transcrição da consagrada lição de HELY LOPES MEIRELLES³ a respeito do princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*) significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

De fato, a lei é a razão e a finalidade do administrador público, dela não sendo possível se afastar sob nenhum pretexto, assim como os particulares que com a Administração Pública mantiverem relações jurídicas, sob pena de responder pela sua recusa em recepcionar os mandamentos legais.

Partindo-se dessa premissa, infere-se inicialmente que qualquer ato de cedência de agentes públicos envolvendo os entes interessados (órgãos cedente e cessionário) deve necessariamente encontrar prévio respaldo normativo para que possa ser efetivado. Em âmbito municipal, comumente a matéria é tratada na legislação que disciplina o estatuto dos servidores públicos

³ Direito Administrativo Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82-83.

municipais ou na Lei Orgânica do Município. No Estado do Paraná, por seu turno, encontra previsão no artigo 43 da Constituição do Estado⁴ e artigo 158, inciso III, da Lei Estadual n.º 6.174/70⁵ e regulamentação no Decreto n.º 8.466/2013.⁶ Já em sede federal, é objeto do artigo 93 da Lei n.º 8.112/90⁷ e disciplina no Decreto n.º 4.050/2001.⁸

Registre-se que a previsão normativa deve estar veiculada em lei, aprovada pelo Poder Legislativo, salvo em relação aos cargos ou empregos públicos cuja criação dependa da iniciativa do próprio órgão legislativo, não cabendo sua substituição por ato do Poder Executivo, que neste caso estará adstrito unicamente à possibilidade de regulamentar a autorização legal (via Decreto, por exemplo). Isso porque a cessão de servidor implica alteração temporária em requisito de acessibilidade de cargo ou emprego público, vale dizer, seu órgão de origem, local de lotação e desempenho de atribuições, de modo a ensejar a necessidade de observância da regra prevista pelo artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, a qual estabelece que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, e que foi reproduzida pelo artigo 27, inciso I, da Constituição do Estado do Paraná.

Assim também a orientação consolidada pelo Tribunal de Contas paranaense:

Consulta. Possibilidade de cessão de servidores públicos municipais a outros órgãos somente quando houver Lei no âmbito municipal que regule tal matéria.

(Protocolo n.º 214242/97, Resolução n.º 12180/1997, Tribunal Pleno, Relator Auditor Oscar Felipe Loureiro do Amaral, julgado em 07.11.1997).

Consulta. Possibilidade do município repassar recursos financeiros para entidades privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades de utilidade pública, voltadas à educação, saúde, e assistência social, relacionadas com as atribuições constitucionais a cargo do município. Possibilidade de cessão de servidores, inclusive para entidades privadas, desde que haja lei que regule tal matéria.

(Procolo n.º 176508/01, Resolução n.º 1921/2004, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Nestor Baptista, julgado em 13.04.2004).

A existência de lei para que ocorra a cessão também decorre do regramento constante da Lei Complementar n.º 101/2000, que estipula a necessidade de prévia autorização na lei de diretrizes orçamentárias e/ou na lei orçamentária anual, quando o ônus de custeio do servidor cedido a outro ente da Federação restar sob a responsabilidade dos Municípios cedentes:

Art. 62. Os Municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver:

I - autorização na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual;

II - convênio, acordo, ajuste ou congêneres, conforme sua legislação.

Outro requisito ou pressuposto para que a cessão seja realizada é a existência de comprovada vantagem na realização da cooperação entre os órgãos cedente e cessionário, de modo que o ato administrativo atenda à supremacia do interesse público na sua materialização.

Leciona DIÓGENES GASPARINI⁹ que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, não se acham os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para revelar a prescrição e para tantas outras atividades a cargos dos órgãos e agentes da Administração Pública.

Significa dizer que a cessão não poderá ser realizada se não for possível a aferição de vantagem à Administração Pública, ou mesmo quando se verificar a existência de manifesto prejuízo em desfavor de um dos órgãos envolvidos, cedente ou cessionário. Imagine-se, por exemplo, determinado Município que tenha conhecida deficiência na oferta de serviços médicos

4 Art. 43. É vedada a cessão de servidores públicos da administração direta ou indireta do Estado a empresas ou entidades privadas.

5 Art. 158. Perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário: III - à disposição de outro Poder, ou de órgão público, de administração direta ou indireta, inclusive sociedade de economia mista, da União, ou de qualquer outra unidade da Federação, ou designado para servir em qualquer desses órgãos ou entidades, salvo quando se tratar de requisição da Presidência da República ou, a juízo do Chefe do Poder Executivo, de interesse do Estado do Paraná.

6 Regulamenta a disposição funcional, a remoção, a designação de servidores da Administração Direta e Autárquica do Poder Executivo do Paraná e a cessão de empregados públicos estaduais, para outros órgãos ou entidades do mesmo Poder, outros Poderes do Estado e para outras esferas de Governo - SEAP.

7 Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou em serviço social autônomo instituído pela União que exerça atividades de cooperação com a administração pública federal, nas seguintes hipóteses: I - para exercício de cargo em comissão, função de confiança ou, no caso de serviço social autônomo, para o exercício de cargo de direção ou de gerência; II - em casos previstos em leis específicas.

8 Regulamenta o art. 93 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a cessão de servidores de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.

9 Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

à população junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) e resolva ceder um de seus médicos para outro ente federativo, para atendimento de interesse pessoal do servidor cedido, que pretende residir mais próximo de sua família. Evidentemente que tal ato administrativo não atende aos anseios da comunidade daquela localidade e, por essa razão, não deve ser efetivado.

O interesse público que justificar a cessão do servidor deve ser explicitado previamente à sua realização em procedimento administrativo concebido para esse fim, ou mesmo constar do instrumento jurídico que o formalizar, porquanto o motivo constitui pressuposto ou elemento de todo ato administrativo, ensejando, para além de sua melhor fiscalização, que a “validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”, como anota MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,¹⁰ em observância à teoria dos motivos determinantes.

Também constitui requisito da cessão ter ela caráter temporário. Isso porque se destina à concretização de cooperação entre os órgãos cedente e cessionário durante período certo e determinado, e que, à luz do princípio da razoabilidade, não pode representar a eternização de situações funcionais,¹¹ cuja execução deve sempre se dar em caráter excepcional, precário e transitório.

Do contrário, a cessão de agentes públicos por prazo indeterminado ou demasiadamente longo representaria permissivo para a prática de possíveis desvios nas atribuições originárias dos cargos ou empregos públicos envolvidos e, pior, verdadeira burla à regra do concurso público que anima a estrutura da Administração Pública, infringindo-se a diretriz do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a qual estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A transitoriedade integra o próprio conceito de cessão de servidores públicos perfilhado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:¹²

Cessão de servidores é o fato funcional por meio do qual determinada pessoa administrativa ou órgão público cede, sempre em caráter temporário, servidor integrante de seu quadro para atuar em outra pessoa ou órgão, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas. Trata-se, na verdade, de empréstimo temporário de servidor, numa forma de parceria entre as esferas governamentais. Avulta notar, porém, que tal ajuste decorre do poder discricionário de ambos os órgãos e do interesse que tenham na cessão; sendo assim, não há falar em direito subjetivo do servidor à cessão.

Atenta a esse posicionamento doutrinário, a jurisprudência também reconhece o caráter apenas transitório da cessão de servidores, consoante arestos a seguir transcritos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA E MANDAMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PLEITEADA NO SENTIDO DE SUSPENDER O CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DA UENP (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ). SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS CEDIDOS AO ESTADO DO PARANÁ. TAC FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUE OS CARGOS FOSSEM PREENCHIDOS ATRAVÉS DE CONCURSO PÚBLICO. SUSPENSÃO DO CERTAME REGULADO PELO EDITAL N. 74/2013. PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DE JULGAMENTO PELA CÂMARA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.200.290-9, A CONFIGURAR “FATO NOVO” (ART. 462, CPC). CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE POSSUI CARÁTER PRECÁRIO, NÃO SENDO FORMA DE PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO, SOB PENA DE AFRONTA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS. INTERESSE PARTICULAR DOS AGRAVANTES QUE NÃO PODE SE SOBREPOR AO INTERESSE PÚBLICO. POR OUTRO LADO, NECESSÁRIA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO EM NOME DOS AGRAVANTES, PARA APURAR A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA UM. ATO DISCRICIONÁRIO DE REVERSÃO DA CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE DEVE SER MINIMAMENTE MOTIVADO, POSSIBILITANDO A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO (...).

(TJPR - 5ª C. Cível - AI - 1215561-6 - Jacarezinho - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 04.11.2014).

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - REVOGAÇÃO DA CESSÃO. ATO DE CESSÃO PRECÁRIO E PROVISÓRIO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE SE DEU POR MOTIVOS DE CONVENIÊNCIA, OPORTUNIDADE E INTERESSE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER ILEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

10 Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

11 Situações funcionais que ainda demandarão questionamentos nesse aspecto são aquelas relacionadas a órgãos públicos que, em razão de sua atual estrutura e natureza das atribuições, trabalham preponderantemente com agentes cedidos em muitas funções, como o CNJ e o CNMP, por exemplo.

12 Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 571-572.

Sendo o instituto da cessão de servidor sempre precário e provisório, bem como sendo um ato discricionário da Administração Pública, pode o mesmo ser revogado a qualquer momento, segundo os critérios de oportunidade, conveniência e interesse público.

(TJPR - 5ª C. Cível - AC - 719992-6 - Jaguariaíva - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Unânime - - J. 15.02.2011).

Em regra, a legislação não fixa prazos objetivos para a vigência e prorrogação da cessão de servidores públicos. Porém, como dito anteriormente, há a necessidade de que o respectivo lapso atenda ao princípio da razoabilidade e observe o caráter sempre temporário que deve ser conferido à medida.

A 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Paranaguá, levadas essas circunstâncias em consideração e também a regra de validade dos concursos públicos de que trata o artigo 37, inciso III, da Constituição Federal,¹³ em agosto de 2014 firmou, no âmbito de suas atribuições em matéria de proteção ao patrimônio público, Termo de Ajustamento de Conduta com o Município de Paranaguá para solver diversas situações ilegais envolvendo a cessão de servidores públicos municipais, avençando prazo máximo de 2 (dois) anos para a vigência dessas cedências, ressalvadas situações excepcionais justificadas no curso de fiscalização das obrigações estipuladas (Inquérito Civil n.º MPPR-0103.09.000048-2).

A incompatibilidade entre a natureza e as atribuições dos cargos ou empregos públicos de provimento efetivo e os comissionados, apta a ensejar desvios funcionais e violação à regra do concurso público como acesso ao quadro de pessoal da Administração Pública, é também a causa que lastreia a viabilidade de a cessão de servidores envolver apenas agentes ocupantes de cargos ou empregos de provimento efetivo junto à origem, não sendo extensível aos ocupantes de cargos comissionados ou funções temporárias.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores do Paraná, que admite apenas a cessão de servidor público efetivo (artigo 158, inciso III, da Lei Estadual n.º 6.174/70), diferentemente da disciplina em âmbito federal, que não especifica que espécie de servidor pode ser cedido (artigo 93 da Lei n.º 8.112/90).

O posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná seguiu essa mesma orientação, ao analisar cessão de servidor comissionado realizada pelo Município de Foz do Iguaçu:

As considerações mais significativas ao propósito lembram que os cargos comissionados são uma exceção aos dispositivos constitucionais de exigibilidade de concurso público para prover pessoal para as funções de direção, chefia e assessoramento. Não são de sua natureza a prestação continuada de serviços de atendimento ao público e de natureza executiva permanente. Por isso lhes é característica essencial a demissibilidade “ad nuttum”, isto é, a provisoriedade da função, ou quando se esvaia a necessidade do assessoramento, da chefia ou da direção.

A ordem lógica e a ordem jurídica que justifica a instituição dos cargos comissionados é a necessidade do Órgão. Não a de outros Órgãos.

O provimento de pessoal administrativo junto a outros Órgãos com titularidade de cargos comissionados originários de Entidades Públicas é uma burla ao que estabelece o Artigo 37 da CF. (...) (Acórdão n.º 163/06-Tribunal Pleno).

(Processo n.º 645975/15, Acórdão n.º 6287/15, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão, julgado em 17.12.2015).

Ainda, revela-se imprescindível que a cessão de servidores seja formalizada pela Administração Pública por meio de instrumento jurídico, no qual deverão constar ao menos os fundamentos de interesse público que justificam a sua celebração, o ônus pelo pagamento da remuneração do servidor cedido e o respectivo tempo de vigência da cessão.

Até o advento da Lei n.º 13.019/2014, o instrumento jurídico adequado para esse fim seria, em regra, o convênio, definido como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.¹⁴ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,¹⁵ seria uma modalidade de contrato em que as partes têm interesses e finalidades comuns, diferindo-se da generalidade dos contratos administrativos, em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas.

Após a vigência da nova legislação, a definição de convênio é alterada, passando a se caracterizar como o ajuste cabível apenas entre órgãos ou entidades de natureza pública. Para os casos envolvendo entidades privadas, foi prevista a utilização do termo de cooperação, quando há interesse coletivo comum e não há previsão de transferência de recurso; e, para os casos envolvendo o repasse de verbas, o termo de colaboração e o termo de fomento – o primeiro quando a parceria é proposta pela Administração Pública e o segundo quando a proposição se originar da Organização da Sociedade Civil.

13 Art. 37. (...): III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

14 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 336.

15 Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 653.

Importante também destacar que o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 estabelece que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração” (*caput*), elencando ainda uma série de informações que devem constar do ajuste celebrado entre as partes, dentre elas o pressuposto da temporariedade (que é inerente às cessões), ao referir que a “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas” deve estar aprovada no plano de trabalho que anteceder a celebração do convênio (§ 1º, inciso VI).

Já o artigo 241 da Constituição Federal diz que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. A esse respeito, UADI LAMMÊGO BULOS¹⁶ pontua que a distinção entre os consórcios públicos e os convênios reside no fato de que os consórcios pressupõem competências iguais aos pactuantes e os convênios competências diferentes.

A não observância desses requisitos ou pressupostos enseja a possibilidade de anulação da cedência, em virtude de vício que lhe inquina de nulidade, sem prejuízo das medidas que devem ser previamente adotadas para tentativa de resolução do ilícito na via extrajudicial, se a ilegalidade for de alguma forma sanável, ou, de qualquer modo, mostrar-se pertinente ajustar a matéria para evitar situações similares no futuro, esfera em que se mostra fundamental a atuação do Ministério Público, especialmente mediante o manejo de Recomendação Administrativa ou celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Caso não seja possível o saneamento do vício, a invalidação da cedência poderá ocorrer de ofício pela própria Administração, valendo-se do seu poder de autotutela,¹⁷ por provocação do Ministério Público na esfera extrajudicial – seara em que, para a defesa do patrimônio público, a Recomendação Administrativa e o Termo de Ajustamento de Conduta também se mostram instrumentos adequados –, ou ainda na via judicial, para acolhimento de pedido anulatório formulado pela parte interessada, notadamente em ação civil pública, ação popular ou mandado de segurança, por exemplo.

Nesse espeque, o artigo 185, combinado com o artigo 166, ambos do Código Civil,¹⁸ disciplina que o ato jurídico é nulo, dentre outras hipóteses, quando for ilícito o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; ou quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

O artigo 2º da Lei n.º 4.717/65 (Lei de Ação Popular), por seu turno, consagra como nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade.

Para além disso, o vício que inquirir de nulidade o ato poderá sujeitar os seus beneficiários, e os agentes que concorrerem para essa situação de ilicitude, à possibilidade de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, guardadas as devidas peculiaridades de cada situação, que requer análise casuística, especialmente para se aferir o elemento volitivo da conduta ilícita.

Nesse caso, as condutas mais comumente amoldar-se-ão, em tese, às figuras típicas aptas a implicar prejuízo ao erário e/ou violação de princípios norteadores da Administração Pública, nos moldes dos artigos 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92. Lembre-se que a improbidade **é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente**, e como tal, admite dolo ou culpa em relação à tipologia do citado artigo 10, e apenas o dolo em relação ao artigo 11. Assim defendem EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES¹⁹ e se posiciona a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.²⁰

16 Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1358.

17 Do princípio constitucional da legalidade decorre o princípio da autotutela, que se trata de poder-dever da Administração Pública em controlar seus próprios atos, anulando-os quando eivados de ilegalidade, na forma do artigo 53 da Lei n.º 9.784/99 (A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos) e Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial).

18 Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

19 Improbidade Administrativa. 6ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 328-329.

20 A propósito: “Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10’ (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011)” (REsp 1635846/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

III – CONCLUSÃO:

Observados os fundamentos que se relacionam à cessão de agentes do quadro de pessoal da Administração Pública em suas diferentes esferas, conclui-se que esta deve atender às seguintes diretrizes para que tenha conformação com a Constituição Federal e demais regras do ordenamento jurídico em vigor: I) estar prevista e autorizada em lei; II) revestir-se de interesse público para a sua materialização, o qual deverá ser previamente motivado; III) ter caráter temporário, de modo a ocorrer por prazo fixo e pré-definido, atendido o princípio da razoabilidade; IV) envolver apenas servidores ocupantes de cargo ou emprego público de provimento efetivo junto à origem; V) estar formalizada mediante instrumento jurídico.

A não observância desses requisitos ou pressupostos enseja a possibilidade de anulação da cedência do servidor público, em razão de vício que lhe inquina de nulidade, sem prejuízo das medidas que devem ser previamente adotadas para tentativa de resolução do ilícito na via extrajudicial, se a ilegalidade for de alguma forma sanável, ou, de qualquer modo, mostrar-se pertinente ajustar a matéria para evitar situações similares no futuro, esfera em que se mostra fundamental a atuação do Ministério Público, especialmente mediante o manejo de Recomendação Administrativa ou celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, além de sujeitar os agentes que concorreram para a prática do ilícito e/ou dele se beneficiaram, guardadas as devidas peculiaridades de cada situação, que requer análise casuística, à possibilidade de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, nos moldes dos dispositivos veiculados pela Lei n.º 8.429/92.

ADITIVO

Item II

II) revestir-se de interesse público ou social para a sua materialização, o qual deverá ser previamente motivado;

IV – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1635846/SP. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 13 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 2115, 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1635846&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Acórdão n. 6287/15. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Curitiba, 17 de dezembro de 2015. *Diário Eletrônico*, n. 1281, p. 3, 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2016/1/pdf/00288066.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Resolução n. 12180/1997, Relator Auditor Oscar Felipe Loureiro do Amaral. Curitiba, 7 de novembro de 1997. *Revista do TCE-PR*, n. 124, p. 161. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/1997/11/txt/00005505.txt>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Resolução n. 1921/2004. Relator Conselheiro Nestor Baptista. Curitiba, 13 de abril de 2004. *Diário Oficial do Estado*, n. 6729, 14 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2004/5/txt/00001934.txt>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. AC n.º 719992-6. Relator Desembargador Luiz Mateus de Lima. Curitiba, 15 de fevereiro de 2011. *Diário da Justiça*, n. 580, 28 fev. 2011. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11064767/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-719992-6>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. AI n.º 1215561-6. Relator Juiz Rogério Ribas. Curitiba, 4 de novembro de 2014. *Diário da Justiça*, n. 1159, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11788048/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1215561-6>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

*A UTILIZAÇÃO DOS RELATÓRIOS DE
INTELIGÊNCIA FINANCEIRA ORIUNDOS
DO COAF COMO MEIO DE PROVA NA
PERSECUÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS¹*

MARIA CLARA MENDONÇA PERIM *

LETÍCIA LEMGRUBER **

GUSTAVO ROBERTO CHAIM POZZEBON ***

1 APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Espírito Santo

**Promotora de Justiça do Ministério Público do Espírito Santo

***Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo

JUSTIFICATIVA

É de extrema relevância o aprimoramento do manejo de todos os meios de prova nas investigações no âmbito do Ministério Público, com vistas ao máximo aproveitamento e compartilhamento das provas produzidas em investigações cíveis e criminais correlatas. Nesse sentido, é preponderante que seja aprofundado o campo de potencialidade da cooperação entre o Ministério Público e o COAF, já em franco desenvolvimento na prevenção e repressão aos crimes de lavagem de dinheiro, em relação à apuração de atos de improbidade administrativa, notadamente na tipicidade do enriquecimento ilícito, além de outros ilícitos de natureza cível, a partir do reconhecimento da riqueza de informações contidas nos Relatórios de Inteligência Financeira e da viabilidade de aplicação sistêmica de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em vigor.

É justamente nesse contexto que a presente tese se alinha ao tema central do *XXII Congresso Nacional do Ministério Público: TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO*, guardando, assim, maior sintonia com o temário “Áreas Cível e Especializada”, nos termos do seu art. 38 do Regimento Interno.

CONCLUSÕES OBJETIVAS

1. O Ministério Público é, por envergadura constitucional, instituição voltada ao combate à corrupção (artigo 129, inciso III da Constituição Federal), sendo essencial a habilidade de articulação e otimização do uso dos meios de prova nas atuações de natureza cível e criminal, a fim de garantir a consecução de apurações híidas e com resultados efetivos, bem como a obtenção de precedentes jurisprudenciais consentâneos à defesa do patrimônio público.
- 2 Os RIFs são gerados pelo COAF no exercício de ações especializadas para obtenção e análise de dados, a partir das comunicações encaminhadas pelos setores obrigados pela Lei nº 9.613/98 e são encaminhados ao Ministério Público por força do artigo 15 da própria Lei nº 9.613/98 que determina a sua remessa às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática ou de qualquer outro ilícito.
3. Usualmente os RIFs já têm informado a instauração e a instrução de procedimentos extrajudiciais de natureza criminal no âmbito do Ministério Público, com relevo à persecução do crime de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, já se reconheceu em âmbito institucional (Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 04/2017) e jurisprudencial² a adequação do emprego dos RIFs como meio de prova no curso dos procedimentos extrajudiciais investigatórios.
4. A jurisprudência pátria tem referendado o entendimento de que deve haver compatibilização entre as funções dos RIFs enquanto meio de prova nas investigações de ilícitos e a manutenção do sigilo financeiro (artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal), o qual é somente excepcionado aos órgãos administrativos de controle. Disso decorre que o acesso do Ministério Público aos dados que subsidiaram a produção dos RIFs depende de autorização judicial e que, portanto, o RIF, que *per se* já contém elementos indiciários da prática ilícita oriundos de produção pública e confiável, é documento hábil a subsidiar pedidos judiciais de autorização para o afastamento de sigilo fiscal e bancário, presentes os demais requisitos legais que autorizam a medida invasiva.
5. As comunicações *ex officio* do COAF são pertinentes a indícios da prática de ilícitos de qualquer natureza, à luz do caput do artigo 15 da Lei nº 9.613/98 e, na hipótese do conteúdo do Relatório de Inteligência Financeira registrar movimentação atípica ou qualquer informação que envolva agentes públicos *lato sensu*, sua valia se dirige não apenas aos órgãos de persecução criminal mas, concomitante e diretamente, aos órgãos de execução com atribuições naturais para a defesa do patrimônio público, *ex vi lege* do inciso VII do artigo 9º da Lei nº 8.429/92.
6. Embora o enriquecimento ilícito não seja criminalizado no Brasil, encontra previsão como ato ilícito no artigo 9º da Lei nº 8.429/92. Por sua vez, o conteúdo de RIFs que indique movimentações financeiras atípicas de agentes públicos, com destaque às movimentações incompatíveis com as respectivas rendas declaradas e de origem comprovada, é por excelência meio de prova de evolução patrimonial incompatível, cujo ônus probatório é atribuído ao Ministério Público para fins de delimitação de justa causa em ações de improbidade administrativa.
7. O novo Código de Processo Civil (artigo 927 NCPC) prevê a orientação das decisões judiciais conforme os precedentes, assim considerados os julgamentos que realizem interpretação operativa de cunho material dos textos legais³.

2 RMS 35.410/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013, e HC 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011.

3 ZANETI JR. HERMES. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em 13 ago.2017.

Trata-se de uma mudança paradigmática na acepção sobre as fontes das normas jurídicas, com vistas a garantir a coerência, unidade e integridade e segurança jurídica do ordenamento. A transmutação da sistemática de orientação a precedentes é um processo referente a teoria geral do direito e não deve encontrar limites de palpabilidade restritivos aos julgamentos de natureza civil, sendo plenamente aplicável em regime de interpretação analógica no macrosistema de defesa dos direitos transindividuais, perpassando as decisões em âmbito cível e criminal.

8. O Superior Tribunal de Justiça extrapola a natureza de mero Tribunal Federal, sendo um Tribunal de Cidadania, haja vista que, na qualidade de Corte Superior, incumbida de uniformizar em espectro nacional a interpretação judicial da legislação federal infraconstitucional, atua como verdadeiro Tribunal da Federação brasileira, cuja jurisprudência há de ser observada de forma sistêmica e como fonte integrativa do direito, erigindo-se à categoria de precedente, para fins de orientação de decisões judiciais, as decisões construtivas de textos normativos, sejam oriundas de julgamentos cíveis ou criminais.
- 9 São perfeitamente aplicáveis, na condição de precedentes jurisprudenciais, os julgados referentes à utilização de RIFs como meio de prova e seus atributos de elemento hígido a embasar, em cotejo com os demais pressupostos legais, pedidos de quebra de sigilo bancário e fiscal em investigações criminais, para fins de fundamentar a instrução e persecução de atos de improbidade administrativa e outros ilícitos, ganhando especial relevo na apuração relativa ao enriquecimento ilícito de agentes públicos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A tônica internacional ao combate à corrupção voltou sua atenção primordial para a implementação de mecanismos que inibam o usufruto e o gozo do produto oriundo do enriquecimento por atividades ilícitas.

A Convenção da ONU contra o Tráfico Internacional (“Convenção de Viena”), de 1988, teve como propósito promover a cooperação internacional no trato das questões ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e crimes correlatos, dentre eles a lavagem de dinheiro. Em 2000, a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”) estendeu o ataque às organizações criminosas com envolvimento em corrupção, tráfico de pessoas e armas e, em 2005, a Convenção Anticorrupção da ONU (“Convenção de Mérida”) transpôs de forma explícita para o combate à corrupção o ataque ao enriquecimento oriundo das atividades ilícitas.

Neste panorama internacional de esforços voltados para implementação de mecanismos de enfrentamento à criminalidade corporativa, a Lei 9613/1998 criou, no Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, nossa unidade financeira de inteligência responsável por estabelecer um mecanismo de prevenção e controle do delito de lavagem de dinheiro através da proteção dos setores financeiros e comerciais passíveis de serem utilizados em manobras ilegais.

Para cumprir seu mister o COAF recebe/requer inúmeras informações de diversas entidades obrigadas (de natureza bancária, securitária, cambiária, relativas a mercados futuros e de títulos ou valores mobiliários, previdenciária, creditícia, de empréstimos com cartão de crédito, etc), examina o conteúdo recebido e identifica as informações financeiras com suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, remetendo-as às autoridades competentes para as investigações dos ilícitos.

A partir do permissivo do §6º. do art.2º. da LC 105/2001, o COAF passou a acessar diretamente informações bancárias e fiscais para apurar as comunicações recebidas e subsidiar a produção de seu relatório. O acesso a essas informações sigilosas pelo COAF foi julgado constitucional na ADI n. 2859/DF (DJe 21/10/2016) - STF, resguardando à autorização judicial a obtenção integral dos dados que subsidiaram a produção do relatório.

Os relatórios de inteligência financeira (RIF’s) produzidos pelo COAF e encaminhados às autoridades por força do artigo 15 da Lei 9613/98⁴ são, portanto, frutos de elementos de informação confiáveis e de alta precisão técnica.

Os RIF’s são primordiais na investigação da corrupção no âmbito do patrimônio público na medida em que a corrupção pública é cometida, em regra, por pessoas de status social elevado e classe econômica alta, em uma dinâmica oculta, “*por meio de acordos ilegais, usualmente sem testemunhas ou documentação do ocorrido*”, e nem sempre acompanhados de sinais exteriores de incompatibilidade patrimonial⁵. Exatamente essa natureza clandestina dos atos específicos de corrupção é que traz dificuldade a comprovação (por exemplo, do desvio no peculato e do recebimento de vantagem na corrupção passiva).

4 “O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de **qualquer outro ilícito**” (destaque nosso).

5 MUNHÓS, Jorge. Provas e presunções sobre a evolução patrimonial desproporcional como ato ímprobo de enriquecimento ilícito. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. SALGADO, Daniel de Resende Salgado, *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 562.

Relatórios de Inteligência financeira que contenham informação sobre agentes públicos devem, portanto, encetar primada investigação por Promotorias de Defesa do Patrimônio Público. Isso porque a movimentação financeira atípica por parte do agente público pode configurar ilícito subsidiário aos atos de corrupção (peculato, concussão, etc), sendo certo que a variação patrimonial (a maior) incompatível com a remuneração constitui figura típica autônoma definida no artigo 9º., inciso VII, da Lei de Improbidade: *Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.*

Todo enriquecimento tem uma causa. No caso do agente público, é a remuneração, via de regra, cumprindo-lhe inexoravelmente demonstrar a origem (lícita) de qualquer outra renda ou bem estranho aos seus vencimentos ordinários, até porque constitui dever inerente à posse e ao exercício da função a declaração anual dos bens que constituem o seu patrimônio privado (art. 13 da Lei nº 8.429/92). Se o enriquecimento experimentado pelo agente público é desproporcional aos seus rendimentos normais, é provável que o incremento patrimonial tenha origem desonesta. Isso porque, “*sem hipocrisia, não existe enriquecimento sem causa*”⁶. São recorrentes as situações em que agentes públicos, depois de alguns anos de serviço público, ostentam sinais exteriores de riqueza, não apenas patrimônios milionários, mas também um padrão de vida absolutamente incompatível com os rendimentos. Na lição de Fábio Medina Osório:

“(…) estamos tratando do agente público que, milagrosamente, ostenta um padrão de vida absurdo e totalmente incompatível com suas funções, suas rendas e, mais importante, sua evolução declarada de patrimônio (art.9º., VII), sem qualquer causa aparente. A desproporção entre os rendimentos formais e o padrão de vida ostentado pelo agente público é um dos problemas mais comuns, históricos e intrincados do sistema brasileiro, que convive abertamente com altos índices de hipocrisia diante dessas distorções, ignorando empresas de fachada, atuações de intermediários ou ‘laranjas’, mulheres/esposas que oferecem, juntamente com outros familiares ou amigos, blindagem patrimonial aos sujeitos”⁷.

O Brasil assumiu compromissos perante a comunidade internacional de adotar medidas efetivas de combate à corrupção e previu expressamente o enriquecimento ilícito do agente público como ato de improbidade, cabendo ao Ministério Público utilizar os instrumentos efetivos para investigar a evolução patrimonial desproporcional e recuperar os bens incorporados de forma ilícita.

Neste contexto, os RIF’s espontâneos devem fundamentar a instauração de investigações cíveis voltadas à apuração da prática de ato de improbidade administrativa, especialmente no que pertine à hipótese do artigo 9º., inciso VII, da Lei de Improbidade. Aliás, neste sentido a [Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 04/2017](#), **que expressamente determina o registro dos RIF’s como notícias de fato e a distribuição para Promotorias de Defesa do Patrimônio Público daqueles que contenham dados relacionados a agentes públicos.**

Fato é que o Superior Tribunal de Justiça possui remansosa jurisprudência acerca da possibilidade de utilização do RIF a subsidiar instauração de investigação criminal, possuindo também precedente acerca da possibilidade de fundamentar a quebra de sigilo bancário e fiscal motivado exclusivamente pelas informações do RIF:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. CRIMES DE PREVARICAÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. MEDIDA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, não tendo natureza absoluta, pode ser mitigado quando evidenciadas circunstâncias capazes de justificar, no interesse coletivo, ação do Estado voltada à preservação da legalidade.

2. No caso, a quebra de sigilo fiscal e bancário foi medida subsidiária e imprescindível à continuidade das investigações. A mitigação do sigilo dos Recorrentes, decretada de modo complementar a outros meios de provas, foi balizada por depoimentos testemunhais, interceptações telefônicas, e por relatório elaborado pelo COAF, tudo a apontar para indícios de incompatível movimentação bancária, inexplicável evolução patrimonial, entre outras irregularidades.

3. Recurso desprovido.

(RMS 35.410/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013)

6 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.646.

7 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.383.

“[...] Quanto à instauração de inquérito policial resultante do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nada há que se questionar, mostrando ele totalmente razoável, já que os elementos de convicção existentes se prestaram para o fim colimado.[...]” (HC 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011)

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. RELATÓRIO DO COAF. UTILIZAÇÃO PARA FUNDAMENTAR A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO (FISCAL E BANCÁRIO). POSSIBILIDADE. COMUNICAÇÃO FEITA PELA INSTITUIÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL E/OU AO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE É BASEADA EM INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS RELEVANTES E PRECISAS. DESNECESSIDADE DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES EM INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO. DECORRÊNCIA DA QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. LEGALIDADE. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. INADMISSIBILIDADE.

1. O sigilo financeiro, que pode ser compreendido como sigilo fiscal e bancário, fundamenta-se, precipuamente, na garantia constitucional da preservação da intimidade (art. 5º, X e XII, da CF), que manifesta verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em direito fundamental à inviolabilidade de informações inerentes à pessoa, em suas relações com o Sistema Financeiro Nacional. Entretanto, a jurisprudência firmou a compreensão de que não se trata de um direito absoluto, sendo possível mitigar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, sempre por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, bastantes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

2. É cediço que o fato indiciário que autoriza um juízo de probabilidade ou verossimilhança não se identifica com mera suspeita ou com simples conjectura, sem apoio em elementos fáticos concretos. Sem embargo, a obtenção desses indícios mínimos que denotem real possibilidade da prática delituosa não pode se desatrelar das novas formas criminosas surgidas com o desenvolvimento tecnológico e o aprofundamento internacional de integração econômica.

3. Os indícios de prova, suficientes para dar lastro a um juízo de probabilidade da ocorrência do fato delituoso, devem ser colmatados com outras formas indiciárias distintas das usualmente empregadas para a criminalidade comum, geralmente precedidas de inquérito policial, de modo a possibilitar, com eficiência, a investigação e a apuração dos complexos delitos corporativos.

4. O COAF, com feição típica de órgão de inteligência financeira, é responsável, também, pela prevenção e pela fiscalização da prática do delito de lavagem de dinheiro, com finalidade precípua de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades, desenvolvendo atividades com objetivos predominantemente preventivos, à semelhança dos demais países que subscreveram as convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro.

5. Para desincumbir-se de suas funções, fez-se necessário permitir ao COAF o acesso a dados detalhados das transações financeiras das pessoas (jurídicas e naturais), o que ocorreu com a aprovação da Lei Complementar n. 105/2001, que desobrigou o órgão de postular judicialmente o acesso a todos os dados fiscais e bancários, sendo dotado da prerrogativa de analisar, de modo compartilhado, informações financeiras integrais de quaisquer pessoas participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, pela CVM e por demais órgãos de fiscalização. Esse compartilhamento, com o julgamento da ADI n. 2.859/DF, foi considerado constitucional pela Suprema Corte, resguardando-se, contudo, a publicização de tais dados, inclusive para uso em eventual persecução penal, que ainda permanece sob reserva absoluta de jurisdição.

6. A Lei Complementar n. 105/2001, ao tornar o sigilo e as inviolabilidades inoponíveis ao COAF, acabou por permitir que os relatórios produzidos por ele fossem lastreados em elementos de informação de mais alta relevância, confiabilidade e precisão técnica.

7. As comunicações recebidas dos setores obrigados pela Lei n. 9.613/1998, após critério de seleção de prioridades feitas pelo órgão (haja vista a expressiva quantidade de comunicações

recebidas), são detalhadamente analisadas e confrontadas com informações sigilosas que são fornecidas por outras instituições. No caso de fundados indícios da prática de ilícito penal, diz o art. 1º, § 3º, IV, que haverá «a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa».

8. A compatibilização entre a manutenção do sigilo financeiro, somente inoponível aos órgãos administrativos de controle, e a produção de relatório baseado em dados protegidos pelo sigilo implica, *inter alia*, a conclusão de que o conhecimento integral dos dados que subsidiaram a produção do relatório (da comunicação feita à autoridade competente) depende de autorização judicial. Isso equivale a dizer que a comunicação feita à autoridade policial ou ao Ministério Público não pode transbordar o limite da garantia fundamental ao sigilo, a implicar que a obtenção e o uso, para fins de investigação criminal, dos dados que subsidiaram o relatório fornecido pelo COAF dependem de autorização judicial.

9. **É inafastável a conclusão de que o relatório produzido pelo COAF subsidia e justifica eventual pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal, porquanto os dados que lhe subjazem são protegidos pelo sigilo, mostrando-se incongruente raciocínio que exija, para justificar a medida invasiva, outros elementos de prova, seja porque o relatório é construído com base em dados altamente confiáveis, precisos e, sobretudo, decorrentes de esforços conjuntos de inúmeras instituições de controle, seja porque a prática de crimes corporativos dificilmente é compartilhada com testemunhas ou avaliada por simples constatação de sinais exteriores de incompatibilidade patrimonial ou de outros rastros ilícitos cognoscíveis por investigação convencional precedida da instauração de inquérito policial.**

10. No cotejo das garantias constitucionais protetoras da intimidade e privacidade do indivíduo, pode-se dizer que o sigilo das comunicações telefônicas constitui uma das liberdades públicas mais importantes do indivíduo, pois representa a exigência de livre expressão do pensamento externado durante a comunicação verbal, portadora dos segredos mais íntimos da pessoa humana. A seu turno, a proteção do sigilo bancário objetiva salvaguardar informações pessoais estáticas, em regra unipessoais, referentes à movimentação de fluxos monetários, de conhecimento das instituições financeiras e de seus prepostos. Pela dicção constitucional, há uma forte proteção às comunicações telefônicas, de modo que seu fluxo somente pode ser interceptado para fins penais, o que não ocorre com o sigilo bancário, em que se permite até o compartilhamento de informações entre instituições financeiras. Nessa medida, não soa desarrazoado afirmar que os fundamentos ensejadores da violação, pelo Estado, do sigilo financeiro e do sigilo telefônico devem ser sopesados de maneira distinta, razão que reforça a possibilidade de quebra de sigilo bancário apenas com base no relatório do COAF.

11. Se é justificável a determinação de quebra de sigilo bancário e fiscal com fundamento no relatório produzido pelo COAF, também o será a decisão que determina a busca e a apreensão de documentos, baseada na análise do conteúdo apresentado pelas informações decorrentes da medida judicial mais invasiva.

12. Em razão da forte proteção constitucional e, também, por exigência legal, firmou-se na jurisprudência a compreensão de que tanto a decisão que determina quanto a que prorroga a quebra do sigilo telefônico devem ser fundamentadas, não sendo admitido que esta última se dê de forma automática. Precedentes.

13. Habeas corpus concedido apenas para determinar seja descartado dos autos todo o material obtido a partir da primeira prorrogação automática, mantendo-se incólumes, contudo, aqueles elementos que derivaram dos primeiros quinze dias do primeiro período, ficando a cargo do Juízo a quo levar a efeito essa distinção, bem como reconhecer eventual consequência dela decorrente, preservadas, também, todas as provas decorrentes da busca e apreensão e da quebra de sigilo fiscal e bancário.

(HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017) (destaque nosso)

No mesmo sentido: RMS 52.677/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017.

Não prejudica o fato de tais decisões terem sido proferidas em julgamentos relacionados a investigações criminais, sendo, por identidade de fundamentos, perfeitamente aplicáveis às investigações na seara da improbidade administrativa, até porque o artigo 15 da Lei nº 9.613/98, que baliza as comunicações do COAF às autoridades encarregadas da investigação, refere-se não apenas ao dever de comunicar a existência de fundados indícios da prática dos crimes de lavagem de dinheiro, mas de “qualquer outro ilícito”.

De qualquer modo, não se pode distanciar do que vem reiteradamente decidindo o Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria. Com efeito, o novo Código de Processo Civil adotou sistema de precedentes jurisprudenciais. Trata-se de uma inovação legislativa aposta no artigo 927 do NCPC que define uma mudança paradigmática na força normativa e nos efeitos dos julgamentos interpretativos do Poder Judiciário. Com efeito, a partir da nova metodologia adotada, a atividade julgadora passa a contribuir para a compreensão do texto legal do ponto de vista material e integra a própria determinação e definição de significados normativos, conferindo *status* de fonte do direito à atividade hermenêutica do julgador. Bem define Zaneti Jr. que:

“(…) todas as vezes em que houver interpretação operativa abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material), desde que se enquadre nas hipóteses qualificadas como vinculantes pelo artigo 927 do CPC/2015 (do ponto de vista formal). Em sentido contrário, quando a norma for simplesmente aplicada, sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, é a lei que será aplicada”⁸

A adoção do sistema de precedentes tem por pressuposto a preocupação com a uniformidade do sistema da jurisprudência em torno de temas sumamente relevantes e fundamenta-se nos pilares da unidade do ordenamento jurídico e da segurança jurídica. Com efeito, a imprevisibilidade de julgamentos é fator não apenas de instabilidade das relações sociais como, no campo específico das investigações relativas ao combate à corrupção, pode encetar gravosos prejuízos à eficiência das apurações, reflexos da insegurança na definição dos limites na utilização de meios de prova adequados e pertinentes.

O novo sistema de precedentes trata de evolução de um modelo de construção da norma e é, por sua natureza, um tema atrelado à teoria geral do direito e não meramente ao direito processual civil. Apesar de previsto no corpo do diploma legislativo do processo civil, o artigo 926, *caput*, do NCPC contém uma regra de caráter geral⁹. Nesse sentido também Zaneti Jr.¹⁰. Por certo que a uniformização visa à estabilidade e à coerência do sistema de justiça. A premissa é refletida e concretizada no dispositivo legal do artigo 927, NCPC, que constitui o sistema de precedentes e pretende o respeito à jurisprudência, notadamente quanto às interpretações conferidas pelos tribunais superiores.

Em razão disso, evidencia-se que a força persuasiva dos precedentes jurisprudenciais não deve ter seus efeitos limitados ao ramo do direito de origem do julgamento quando exegese sistemática aponta para a possibilidade da adoção de seus conceitos determinantes em outras áreas. O ponto central é compreender a essência da construção operativa do significado da norma, substância que não guarda imprescindível causalidade com o ramo do direito do julgamento que deu azo à formação do precedente.

Especificamente quanto à discussão sobre os horizontes de manejo das informações contidas nos Relatórios de Inteligência em investigações para persecução de ilícitos, a jurisprudência consolidou, em julgados de natureza criminal, a possibilidade de uso dos RIFs como meio de prova e como justificativa para pleitos de afastamento de sigilos bancário e fiscal. A seu passo, a construção jurisprudencial do uso dos RIFs em investigações de natureza cível, como as de persecução por atos de improbidade administrativa, embora genericamente reconhecida, ainda goza de espaço para a fixação de parâmetros.

Sem prejuízo da pertinência de enfrentamento, pela jurisprudência pátria, das eventuais especificidades da utilização de RIFs como meios de provas em investigação de natureza cível, é possível afirmar que são aplicáveis aos inquéritos civis voltados a apurar atos de improbidade administrativa os precedentes referentes aos ao uso de RIFs em investigações criminais. A uma porque o sistema de precedentes é tema do meta direito. A duas porque a interpretação integrativa dos dispositivos legais da Lei Ordinária nº 9.613/98 e da Lei Complementar 105/2001 resultam em compreensão normativa de texto de leis que se dirigem a regular todo o sistema de proteção do sistema financeiro e do combate a corrupção. É que o combate à corrupção se liga umbilicalmente à repressão às organizações criminosas e à lavagem de dinheiro.¹¹

O inquérito civil é procedimento administrativo não contraditório, previsto na Lei 7347/85, destinado à reunião dos elementos necessários à propositura da ação civil pública. É congênere, na esfera civil, do inquérito policial e do procedi-

8 ZANETI JR. HERMES. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em 13 ago.2017.

9 WANBIER. Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva. MELLO., Rogério Licastro Torres de Mello. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1314.

10 “Não se pode negar que o modelo de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 representa uma mudança de paradigma não só no Direito Processual do país, mas na cultura jurídica brasileira como um todo. Sendo assim, como toda e qualquer mudança de paradigma, é necessário que eventuais dogmas sejam questionados para que se tenha uma compreensão do tema. Perceba-se, desde logo, o que mudou foi a Teoria do Direito” (ZANETI, 2016).

11 “As organizações criminosas típicas mafiosas são caracterizadas especialmente por se infiltrar fortemente na atividade comercial e política e através da corrupção. A prática da corrupção envolve praticamente todas as formas de organizações criminosas, das que agem no âmbito do colarinho branco, especialmente, e que podem envolver altos valores, mas também naquelas que atuam na prática de crimes mais baixos”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 75.

mento investigatório criminal. Presidido pelo membro do Ministério Público, tem por objetivo a formação do convencimento sobre a ocorrência de ilícito e sua autoria a fim de instrumentalizar medida judicial ou a respaldar a adoção providência extrajudicial de natureza diversa¹².

No que se refere à atuação sancionadora do combate à corrupção na esfera cível, ou seja, nas hipóteses de zelo ao patrimônio público em que incabível a solução extrajudicial, o inquérito civil destina-se a definir a necessidade de ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a lhe conferir fundamento¹³, diante do ônus processual do Ministério Público provar os fatos constitutivos dos atos de improbidade administrativa¹⁴.

Como dito, o inquérito civil é um procedimento extrajudicial assemelhado ao inquérito policial e ao procedimento investigatório criminal, na medida em que visa à formação da *opinio actio* com aplicação específica na atuação de natureza cível. Por sua vez, os atos de corrupção frequentemente resultam em atuações sancionadoras cíveis e criminais paralelas. Em sendo assim, é curial que haja aproveitamento da prova produzida em investigações criminais nas cíveis, ou vice-versa. Nesses casos, a prova produzida em uma das esferas é potencialmente útil para as demais.

A prova emprestada é amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência e tem acolhimento no artigo 372 do NCPC. Correa Filho¹⁵ sustenta que é viável o uso da prova produzida no procedimento criminal em inquéritos civis e defende a preservação de seu valor probante original, ainda que não tenha sido produzida sob contraditório no processo original, bastando que tenha tido em consideração os regramentos dirigidos à modalidade processual de origem. A afirmação se aplica ao compartilhamento da prova decorrente de dados de afastamento de sigilo bancário e fiscal obtidos por decisão judicial na seara criminal.

Sem embargo da possibilidade de compartilhamento das quebras de sigilo bancário e fiscal e demais provas produzidas na seara criminal para fins de instrução dos inquéritos civis que tenham por objeto a apuração de atos de corrupção, o que se pretende agasalhar é a importância da consideração das informações contidas em Relatórios de Inteligência Financeira oriundos do COAF de forma diretamente dirigida e aplicada às investigações por atos de improbidade administrativa.

O tema ganha especial relevo ao ser cotejado à tipicidade do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso VII, da Lei 8429/92. Nessas hipóteses, a investigação se dirige especificamente à aferição de eventual incompatibilidade na evolução patrimonial do agente público, e a verificação sobre a ocorrência de movimentações financeiras atípicas se traduz como notícia de fato e meio de prova particularmente qualificados à sinalização dos ilícitos dessa natureza.

A notícia da movimentação financeira atípica de uma agente público deve suscitar a análise da incompatibilidade entre a evolução patrimonial do agente e os rendimentos percebidos no exercício da respectiva função pública. A prova do ato de improbidade administrativa concentra-se no incremento patrimonial significativo e sua incompatibilidade com as fontes de renda do servidor.

O incremento patrimonial significativo, por sua vez, pode ser demonstrado através de diversas condutas, não necessariamente a *aquisição* de bens móveis e imóveis, tais quais utilizar ou usufruir o agente de bens ou valores móveis ou imóveis desproporcionais à sua renda. O tipo em questão abrange, portanto, a movimentação financeira incompatível com os rendimentos do agente. Além disso, não se exige a demonstração do ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto¹⁶.

Wallace Paiva Martins Júnior ensina que:

“(...) a grande vantagem do art.9º., inc. VII, é que ele é norma residual para punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública. De fato, se não se prova a prática, ou a abstenção, de qualquer ato de ofício do agente público que enriqueceu ilicitamente, satisfaz o ideário de repressão à imoralidade administrativa provar-se que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional, sendo manifestamente insólito à normalidade da evolução de sua riqueza e absolutamente incongruente com sua disponibilidade financeira, porque foi construído a partir das vantagens proporcionadas pelo exercício de sua função pública, ou seja, da condição de agente público, bem conhecido o dado sociológico da estrutura das relações do poder político e da autoridade”¹⁷.

12 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 779-784.

13 ALVES; GARCIA, 2014, p. 780-784.

14 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial de combate à corrupção. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 492-514. 2016.

15 CORREA FILHO, Helio Telho. Improbidade administrativa e a prova emprestada de outras esferas de responsabilidade. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 559-573.

16 Neste sentido: MS 19.782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016, e MS 12.660/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014.

17 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos- Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio- Lei Federal 8.429/92. Disponível em <https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Enriquecimento_ilicito_Agentes_Pub_Evolucao_patrimonial_desproporcional_a_renda_ou_pat_Lei_Fed_8_429.pdf/5df04e64-4a22-4fd9-b32a-0b64adbc955f;jsessionid=2C06953E6492DCDC8C7067C68CF26CAD.node01?version=1.0>. Acesso em 13/08/2016.

A investigação da prática do ilícito do artigo 9º, inciso VII, da Lei de Improbidade admite a instrumentalização pela colheita de provas diversas, tais quais a declaração de bens do agente, os documentos com comprovação dos rendimentos informados pelas fontes pagadoras e a comprovação da ostentação de sinais de riqueza incompatíveis com seus vencimentos, como viagens, utilização de veículos caros, aeronaves e embarcações suntuosas, imóveis luxuosos, gastos dispendiosos com restaurantes e vestuário.

Paralelamente à coleta destes ou outros meios de prova, não há dúvida que o RIF se apresenta como elemento qualificado para a descoberta do enriquecimento ilícito, e, nessas circunstâncias, o afastamento do sigilo bancário e fiscal do investigado são medidas investigatórias recomendadas, tendo em vista que a formação da *opinio actio* pressupõe a aferição do conjunto da evolução patrimonial incompatível, o que em regra sugere a verificação dos dados fiscais e bancários. Nesse sentido, a utilização do RIF como fundamento do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal na seara da improbidade administrativa alcança práticas ilícitas que não encontram no direito penal pátrio uma resposta estatal repressiva, quais sejam, evoluções patrimoniais desproporcionais de agentes públicos. Especialmente nas hipóteses nas quais não existam indícios do nexo causal entre o enriquecimento e o exercício do múnus público, a investigação se concentrará na seara cível, sendo perfeitamente aplicáveis, na condição de precedentes jurisprudenciais, os julgados referentes à utilização de RIFs como meio de prova e seus atributos de elemento hígido a embasar, em cotejo com os demais pressupostos legais, pedidos de quebra de sigilo bancário e fiscal em tais investigações.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 779-784.
- CARTA DE BRASÍLIA – Modernização do Controle da Atividade Extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Documento aprovado em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – A atuação orientadora das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília (DF): CNMP, 2017. p. 375-388.
- CORREA FILHO, Helio Telho. Improbidade administrativa e a prova emprestada de outras esferas de responsabilidade. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 559-573.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.646.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos- Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio- Lei Federal 8.429/92. Disponível em <https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Enriquecimento_ilicito_Agentes_Pub_Evolucao_patrimonial_desproporcional_a_renda_ou_pat_Lei_Fed_8_429.pdf/5d-f04e64-4a22-4fd9-b32a-0b64adbc955f?jsessionid=2C06953E6492DCDC8C7067C68CF26CAD.node01?version=1.0>. Acesso em 13/08/2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MUNHÓS, Jorge. Provas e presunções sobre a evolução patrimonial desproporcional como ato ímprobo de enriquecimento ilícito. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. SALGADO, Daniel de Resende Salgado, *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 562.
- OSORIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.383.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial de combate à corrupção. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 492-514. 2016.
- Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 04/2017. Disponível em <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/apex/EDIA-RIO.view_caderno?p_id=2284>. Acesso em em 11/08/2017.
- ZANETI JR. HERMES. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em 13 ago.2017.
- WANBIER. Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO., Rogério Licastro Torres de Mello. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES OBJETIVAS:

Supressão dos itens 1, 2, 3, 4, 6, 8 e 9

Permanecendo os itens 5 e 7

1. As comunicações *ex officio* do COAF são pertinentes a indícios da prática de ilícitos de qualquer natureza, à luz do caput do artigo 15 da Lei nº 9.613/98 e, na hipótese do conteúdo do Relatório de Inteligência Financeira registrar movimentação atípica ou qualquer informação que envolva agentes públicos *lato sensu*, sua valia se dirige não apenas aos órgãos de persecução criminal mas, concomitante e diretamente, aos órgãos de execução com atribuições naturais para a defesa do patrimônio público, *ex vi lege* do inciso VII do artigo 9º da Lei nº 8.429/92.
2. O novo Código de Processo Civil (artigo 927 NCPC) prevê a orientação das decisões judiciais conforme os precedentes, assim considerados os julgamentos que realizem interpretação operativa de cunho material dos textos legais. Trata-se de uma mudança paradigmática na aceção sobre as fontes das normas jurídicas, com vistas a garantir a coerência, unidade e integridade e segurança jurídica do ordenamento. A transmutação da sistemática de orientação a precedentes é um processo referente a teoria geral do direito e não deve encontrar limites de palpabilidade restritivos aos julgamentos de natureza civil, sendo plenamente aplicável em regime de interpretação analógica no macrosistema de defesa dos direitos transindividuais, perpassando as decisões em âmbito cível e criminal.

*O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE
E O USO DA CANNABIS MEDICINAL POR
PACIENTES: ATIPICIDADE DA CONDUTA¹*

MARCONI ANTAS FALCONE DE MELO²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

² Doutor em Direito do Estado, subárea Direito Constitucional pela Puc/SP. Mestre em Direito do Estado pela Puc/SP. 81º. Promotor de Justiça de Natal/RN. Professor Adjunto da UFRN. Email para contato: mafalcone_8@hotmail.com

I – JUSTIFICATIVA/FUNDAMENTAÇÃO:

Os pacientes de várias doenças refratárias ao uso de medicamentos convencionais sofrem e têm a necessidade de novas esperanças. Muitos artigos científicos, principalmente em Inglês, em revistas científicas respeitadas, já demonstram que o uso da Cannabis medicinal, pode ajudar no tratamento de doenças, como epilepsia refratária, demência, parkison, ansiedade, depressão, diabetes, Aids, Câncer, dor crônica, doenças imunológicas, melitus, pânico, insônia, dentre outras. Os pacientes dessas doenças degenerativas e outras sofrem, pois sabem que há tratamento, mas que ainda há uma série de entraves jurídicos e administrativos para seu uso. Inconformados com esta situação, os pacientes de João Pessoa, no Estado da Paraíba, fundaram uma associação, chamada Abrace e conseguiram uma decisão da Justiça Federal para cultivar, produzir e fabricar o óleo artesanal, em virtude das omissões praticadas pela União e pela Anvisa, tendo em vista que a legislação já permite o uso da planta para fins medicinais, estando os responsáveis, omissos em regulamentar eficazmente o direito constitucional à saúde, incidindo também em omissão de convencionalidade.

I.1) O Direito Constitucional à saúde e à Autonomia dos pacientes de Doenças Graves

A Constituição Federal garante o direito à saúde e o alívio do sofrimento de pacientes que sofrem de doenças graves, senão vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ocorre que muitos pacientes de enfermidades graves já não respondem ao tratamento convencional dominado pela indústria dos grandes laboratórios, pacientes como os de Parkinson, Demência, convulsões refratárias, dentre outros têm que esperar o processo vegetativo, sem ter melhoras, com medicamentos que produzem muitos efeitos colaterais e poucos resultados.

No entanto, já temos exemplos de várias pessoas que usam o óleo da Cannabis, como tratamento alternativo, tendo em vista que o THC e o Cannabidiol, além de outros canabinoides, têm trazido grandes resultados no tratamento dessas doenças.

A capital da Paraíba, João Pessoa, já trata mais de 150 pacientes com o uso da maconha medicinal, com autorização da Justiça Federal, diante das omissões da Anvisa em regular adequadamente o direito à saúde, ofendendo a Constituição, a legislação federal e aos tratados internacionais. Em João Pessoa, foi criada a Associação Abrace, formada por pacientes e médicos que já não suportavam as omissões do poder público. Os resultados têm sido espetaculares, tanto gerando cura, como redução drástica de sintomas e dores.

A lei 11.343/2006 e a convenção única sobre entorpecentes da ONU, internalizada no Brasil por Decreto, fomentam a possibilidade do uso medicinal de substâncias entorpecentes, conforme artigo abaixo:

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo determinados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Ocorre que até o presente momento, a Anvisa não regulamentou a matéria, não havendo ainda no Brasil qualquer autorização administrativa deste órgão, que pudesse viabilizar o direito dos pacientes, havendo apenas uma regulamentação complexa sobre importação de medicamentos caríssimos à base da Cannabis (portaria 344/98 da Anvisa), em que apenas os ricos podem importar, havendo exclusão da grande maioria dos pacientes que seriam do SUS.

Nas convenções internacionais, no que diz respeito ao uso medicinal de substâncias psicotrópicas, fomenta-se sua utilização. Destaque-se que a interpretação dos tratados internacionais devem ser sempre em favor dos direitos humanos, ou seja, havendo omissão na regulamentação do direito, incide o Estado soberano em omissão inconveniente, por ofender a dignidade da pessoa humana.

A Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, a 21 de fevereiro de 1971, ao reconhecer que “o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos e científicos é indispensável e que a disponibilidade daquelas para esses fins não deve ser indevidamente restringida”.

Ou seja, havendo melhora na qualidade de vida do paciente, as convenções e tratados internacionais devem ser interpretados sempre de maneira mais favorável ao paciente, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, protegido por nossa Constituição Federal.

A Constituição Federal tem na sua zona de proteção o direito à saúde como um direito social, que não pode ser restrito, em virtude das omissões do poder público, especialmente da Anvisa, que apenas tem garantido o direito ao uso de medicamentos a base de Cannabis, para pacientes que podem gastar muito dinheiro na importação, deixando na zona de penumbra ou exclusão, a grande maioria dos pacientes sofreadores de doenças degenerativas e enfermidades graves, as quais poderiam ser eficientemente tratadas com a Cannabis e seu óleo.

Vale destacar que óleo da Cannabis é feito de uma forma em que se desativa os efeitos alucinógenos, não havendo o famoso “barato”, mas apenas o usufruto das propriedades medicinais da maconha.

Portanto, os Tratados Internacionais, a Constituição Federal de 88, a Legislação de Drogas já referida, têm como regra, o uso da planta Cannabis para fins medicinais, não podendo a Anvisa tornar exceção, o que o legislador quis fazer como regra. Veremos em tópico próprio, que penalmente o fato é atípico, o que será a conclusão deste trabalho.

Em processo, a Anvisa atesta sua própria omissão, senão vejamos:

Da análise do Procedimento Administrativo ANVISA n.º. 25351.501819/2015-73 (id.

4058200.1378151), que criou o Grupo Técnico para discussão de proposta de regulamentação sobre requisitos de segurança e controle para o cultivo de plantas sujeitas ao controle especial da Portaria SVS/MS n.º. 344/1998, é preciso consignar que a própria Autarquia Sanitária reconhece a sua inação. Nesse procedimento, assevera-se que “Apesar da existência de previsão legal em regulamento da ANVISA, não há normativas que definam os requisitos de segurança e controle adequados para a realização das atividades que envolvam o cultivo de plantas que dão origem a substâncias sujeitas a controle especial”.

Por sua vez, a RDC n.º. 17/2015, que define os critérios e procedimentos para a importação de produtos à base de canabidiol em associação com outros canabinóides (expressamente menciona o THC), após a listagem dos medicamentos autorizados, noticia que “Os produtos acima listados **não são registrados no país** e, portanto, não possuem eficácia e segurança avaliadas pela ANVISA”.

Pela leitura conjugada dos dispositivos transcritos, verifica-se que a ANVISA apenas estabelece requisitos protocolares para a importação dos medicamentos listados na RDC n.º. 17/2015. Não há um controle efetivo. Ou seja, se a Anvisa abre mão de atestar a eficácia do medicamento importado dos grandes laboratórios, não poderia restringir os pacientes que artesanalmente usufruem dos benefícios terapêuticos da planta pelo auto-cultivo.

A Anvisa não tem discricionariedade técnica para agir desta forma, pois estaria ofendendo o direito dos pacientes, bem como sua autonomia de terem a última alternativa de tratamento para seus intensos sofrimentos. A discricionariedade técnica é muito mais restrita do que a discricionariedade administrativa, pois envolve o direito fundamental à saúde.

Os efeitos colaterais do uso da Cannabis medicinal são raros e nas primeiras semanas: sonolência, fadiga, diarreia, diminuição de apetite e aumento de apetite, no entanto, basta se ler as bulas dos remédios fabricados pelos grandes laboratórios, que chegaremos à conclusão de que os medicamentos provenientes da Cannabis desativada são extremamente seguros.

Não se pode retirar a última alternativa do ser humano, quando nenhum remédio convencional mais funciona. Não se pode retirar a esperança do homem em sobreviver com dignidade.

Muitos países já aprovaram o uso medicinal dos produtos derivados da Cannabis, então, estamos mais uma vez saindo atrás, até que os interesses dos grandes laboratórios fabriquem remédios caríssimos e atestem o que já sabemos: A Cannabis é eficiente. Veremos isso no tópico a seguir.

I.2) Pesquisas Científicas sobre o Tema e Casos Concretos

Um dos primeiros pesquisadores sobre o tema tem sua história de vida retrada no filme: “The scientist”, que se encontra disponível no youtube, com legendas, dedicou trinta anos de sua vida à pesquisa dos efeitos medicinais da Cannabis em Israel, tendo descoberto, que realmente a planta funciona e trata várias doenças, como já descritas, inclusive, com experiências com homens.

As pesquisas no Brasil são muito restritas, em virtude da cultura proibicionista e preconceituosa com uma planta, que desativada, tem várias propriedades medicinais importantes, inclusive, ignorada por boa parte dos médicos. Lembremos que

os laboratórios não têm interesse em uma planta que pode tratar mais de dez doenças e que pode ser cultivada na casa dos próprios pacientes, podendo causar uma perda vultosa nos lucros destas empresas. Mas já estão patenteando, pois sabem que não podem segurar por muito tempo.

Começarei citando pesquisa da UFRJ, senão vejamos:

A Coordenadora do Laboratório de Bioquímica e Toxicologia Aplicada da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Professora Dra. Virgínia Martins Carvalho, em correspondência enviada à Associação ABRACE

Identificador: 4058200.1272813), assim assevera: 6/28

“Por reconhecer o uso médico dos extratos de Cannabis sativa L. no tratamento de diversas enfermidades graves em eficácia terapêutica comprovada cientificamente e atribuída aos fármacos canabidiol (CBD) e tetrahidrocanabidíol (THC) que atuam de forma complementar na neuroquímica cerebral, por tais fármacos serem registrados para uso medicamentoso em âmbito internacional (Sativex®, extrato hidroalcoólico de cannabis composto por THC e CBD e Marinol® composto por THC obtido de forma sintética), pelo fato dos extratos importados de Cannabis sativa L. denominados “canabidiol” não apresentarem padrão farmacêutico (registrados como suplementos alimentares pela agência de regulação sanitária dos Estados Unidos da América, Food and Drug Administration), por reconhecer o alto custo econômico e dificuldades burocráticas de importação dos extratos e, ainda por reconhecer a urgência do tratamento de quadros neurológicos graves como a epilepsia refratária este laboratório oferecerá suporte analítico para a quantificação de THC, CBD, seus ácidos (THCA e CBDA) e canabinol (produto da degradação do THC) por cromatografia líquida de alta eficiência acoplada ao detector ultravioleta (HPLC-PDA) nos extratos de Cannabis sativa L. A análise se dará no âmbito do Projeto de Extensão Universitária Farmacocannabis-UFRJ que visa dar suporte farmacêutico aos pacientes sob tratamento com extratos de cannabis e seus médicos prescritores com foco em melhorar a relação risco-benefício da terapia que já ocorre independentemente do aperfeiçoamento da regulação sanitária, mormente na população pediátrica portadora de síndromes neurológicas graves, devido ao absoluto estado de necessidade de preservação da vida.

O Farmacocannabis-UFRJ conta com o apoio institucional da Farmaguinhos-Instituto de Tecnologia em Fármacos da Fundação Oswaldo Cruz através do Grupo de Trabalho FIOCANNABIS que visa a produção nacional de fitomedicamento à base de cannabis a ser empregado em estudos clínicos. Desta forma, informações sistemáticas sobre a terapia com cannabis relacionadas aos teores de princípios ativos na população brasileira que já vem adotando esse tratamento como um fenômeno inexorável serão valiosas no planejamento das ações no âmbito do Sistema Único de Saúde”

De igual modo, a Professora Pesquisadora da Universidade Federal da Paraíba Katy Gondim Dias de Albuquerque, que tem projeto de pesquisa intitulado **“Avaliação do Impacto do Acompanhamento Farmacoterapêutico em Pacientes com Convulsões Graves Resistentes à Terapia Convencional que Utilizam Canabidiol”** (Identificador: 4058200.1272817), atestou que:

“Diante da relevância do tema e da presença de vários artigos científicos que respaldam a comunidade Acadêmica sobre o poder desta planta e de seus constituintes no controle de crises graves de epilepsia refratária que pode levar a morte de muitos pacientes ao atingir o estado de mal epilético, torna-se IMPERATIVO e URGENTE a ampliação de pesquisas pré-clínicas e clínicas com plantas do gênero Cannabis, pois está mais que comprovada sua eficácia clínica como alternativa terapêutica no controle destas crises. Entretanto, muitos estudos precisam ser realizados para se entender melhor o mecanismo de ação dos constituintes dessa planta sobre o Sistema Nervoso Central, visando futuramente ao registro de um fitoterápico com excelente controle de qualidade para fornecer maior segurança a esses pacientes”.7/28

Já o Parecer da Câmara Técnica de Neurologia do Conselho Regional de Medicina no Estado da Paraíba informou que:

“A literatura médica está repleta de artigos que relatam os efeitos terapêuticos do CANNABIDIOL (CDP) sobre várias patologias neuropsiquiátricas. A ingestão de CDP resulta na distribuição cerebral difusa com maior alcance nas estruturas que compreendem o sistema límbico conhecido como cérebro das emoções. Chamamos a atenção para o emprego desta substância no controle das crises epiléticas refratárias com ótimos resultados, segundo dados da literatura. Estes tipos de crises podem se acompanhar de complicações às vezes com risco de vida para o paciente. Levando em consideração os efeitos adversos do CDP, segundo experiência internacional, somos favoráveis ao seu uso mesmo sem conhecer seus efeitos na prática, pela proibição do uso no território brasileiro, desde que prescrita por vo especializado para o acompanhamento do paciente”

As pesquisas acima demonstram que os medicamentos provenientes da Cannabis têm efeitos práticos na saúde dos pacientes. Artigos científico, em Inglês, não faltam, que comprovam a melhora em mais de dez tipos de doenças, toda esta

documentação científica, está anexa as quase 1800 páginas que formam o processo que Associação Abrace da Paraíba, propôs na Justiça Federal da Paraíba, para que pudesse plantar e Ministrar com receita médica o óleo medicinal da Cannabis e outros medicamentos feitos com esta.

As pesquisas são fartas, os resultados estão comprovados nos 150 pacientes que tratam as doenças em João Pessoa, eu mesmo, pessoalmente, conheci vários deles que melhoraram muito, tanto de convulsão, quanto de demência. Não há mais necessidade de ir para Califórnia pesquisar o tema, basta que os médicos se desloquem para João Pessoa, e poderão ver na prática os avanços.

O próprio CRM de São Paulo outras pesquisas atesta que o medicamento é promissor, senão vejamos:

Por sua vez, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo editou a Resolução CREMESP nº. 268, de 7 de outubro de 2014³, estabelece em seus “considerandos” que **“o uso do CBD é um procedimento terapêutico restrito e excepcional, ainda não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, porém promissor e de boa tolerabilidade nas situações clínicas acima especificadas e quando adequadamente diagnosticadas”**, resolvendo que: **“Art. 1º. O canabidiol poderá ser prescrito por médico mediante assentamento do paciente e consentimento livre e esclarecido assinado pelo seu responsável legal, para o tratamento das epilepsias mioclônicas graves do lactente e da infância refratárias a tratamentos convencionais”**.

Convergindo o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº, 2.113, publicada em 16 de dezembro de 2014, aprovando o uso compassivo do canabidiol para tratamento da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Imprescindível transcrever a exposição de motivos desse ato regulatório⁴:

“Uma extensa revisão dos estudos de toxicidade e efeitos adversos do CBD, na qual foram avaliados mais de 120 trabalhos, a maioria em animais e poucos em humanos, sugere que **este canabinoide é bem tolerado e seguro, mesmo em doses elevadas e com uso crônico**”.

Os estudos de toxicidade e efeitos adversos do uso continuado de CBD em humanos envolveram voluntários saudáveis, pacientes em epilepsia, pacientes com doença de Huntington, pacientes com doença de Parkinson e pacientes com esquizofrenia. Nesses estudos, aos doses de CBD variaram de 200 a 1.500 mg (dosagem mais frequente de 800 mg), por períodos entre quatro e 18 semanas. As medidas de acompanhamento incluíram: testes 8/28 bioquímicos e laboratoriais de sangue, eletrocardiograma, eletroencefalograma, pressão arterial, frequência cardíaca, exame físico e neurológico e relato subjetivo e sintomas adversos. Nesses estudos, **NÃO FORAM ENCONTRADAS**, a não ser alguns relatos **ALTERAÇÕES CONSISTENTES ASSOCIADAS AO USO DO CBD** de sonolência com doses mais altas (Cunha et al., 1981; Carlin & Cunha, 1981; Consroe et al., 1991; Zuardi et al., 1995, 2006, 2009; Leweke et al., 2012).

Ao lado desse perfil favorável de efeitos adversos, nos últimos 40 anos vêm sendo acumuladas evidências experimentais que apontam o CBD como uma substância com um amplo espectro de ações farmacológicas.

Muitas dessas ações têm um potencial interesse terapêutico em diversos quadros nosológicos, entre eles: a epilepsia, a esquizofrenia, a doença de Parkinson, a doença de Alzheimer, isquemias, diabetes, náuseas, câncer, como analgésico e imunossupressor, em distúrbios de ansiedade, do sono e do movimento, (para revisão ver Zuardi, 2008; Izzo et al., 2009). **As evidências de eficácia foram observadas em diferentes níveis, do pré-clínicos em animais, aos ensaios clínicos em pacientes, dependendo de cada doença estudada. PARA AS EPILEPSIAS REFRATÁRIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EXISTEM EVIDÊNCIAS EM TODOS OS NÍVEIS,** até os ensaios clínicos controlados e duplo-cegos, todavia, com número reduzido de pacientes.

Apesar de um grande número de drogas antiepiléticas, existe um consenso de que não ocorreram progressos substanciais no controle de crises epiléticas nos últimos 40-50 anos, desde a introdução da carbamazepina e do valproato (Löscher & Schmidt, 2011; Beyenburg et al., 2010). Nos últimos 30 anos, foram introduzidas mais de 15 drogas antiepiléticas, de terceira geração, **mas, ainda assim, 20 a 30% dos pacientes com epilepsia não têm suas crises controladas por medicações** (Sillanpää et al., 2006; Brodie et al., 2012). Muitos desses pacientes têm indicação de neurocirurgia, que varia desde a retirada de parte de um lobo cerebral até completa hemisferectomia, na tentativa das crises. Entretanto, **muitos dos pacientes resistentes ao tratamento antiepilético também não preenchem os critérios clínicos para a indicação de cirurgia e diversos pacientes operados não remitem completamente das crises.**

Diante desse quadro, **fica clara a importância do desenvolvimento de novos tratamentos para a epilepsia, com drogas efetivas nos casos resistentes aos tratamentos disponíveis, que apresentem menos efeitos adversos e que modifiquem a história natural da doença, protegendo dos danos cerebrais causados pela doença** (Löscher et al., 2013).

O efeito antiepilético foi um dos primeiros efeitos farmacológicos do CBD, descrito em roedores por um grupo de pesquisadores brasileiros, no início dos anos 1970 (Carlini et al., 1973; Isquierdo et al., 1973). [.]

O primeiro estudo prospectivo, duplo-cego, controlado por placebo, foi realizado com **15 pacientes portadores de epilepsia de lobo temporal, com crises convulsivas secundariamente generalizadas, resistentes aos tratamentos habituais**. Nesse estudo, o CBD (200 a 300 mg/dia) ou placebo foi adicionado à medicação que os pacientes vinham utilizando, por um período de até 18 semanas. **QUATRO DOS OITOS PACIENTES TRATADOS COM CBD EVIDENCIARAM MELHORA SIGNIFICATIVA DA SUA CONDIÇÃO, MANTENDO-SE PRATICAMENTE ISENTOS DE CRISES NA MAIOR PARTE DO ESTUDO. OUTROS TRÊS PACIENTES, EM TRATAMENTO COM CBD, APRESENTARAM MELHORA PARCIAL** em sua condição clínica e apenas um dos oito pacientes não mostrou melhora. Além disso, **três pacientes tratados com CBD mostraram melhora no eletroencefalograma (EEG)**. Entre os pacientes que receberam o placebo, apenas um melhorou, enquanto sete permaneceram inalterados. **O CBD FOI**

BEM TOLERADO POR TODOS OS PARTICIPANTES (Cunha et al., 1980). 9/28

Em 2013, foi publicado um estudo retrospectivo, com a aplicação de um questionário a **19 pais de crianças com** e que estavam **epilepsia resistentes aos tratamentos habituais** sendo **tratadas com um extrato de Cannabis**, rico em CBD. **ESTE ESTUDO RELATOU QUE 83% DELES RELATARAM REDUÇÃO NO NÚMERO DE CRISES** (Porter & Jacobson, 2013).

Um ensaio clínico aberto e prospectivo, do **CBD em crianças e adultos jovens com crises convulsivas resistentes ao tratamento**, vem sendo realizado desde o final de 2013 no Centro Médico Langone da Universidade de Nova York e na Universidade da Califórnia em São Francisco. Foi divulgada uma análise parcial deste estudo, com 27 pacientes, que completaram pelo menos 12 semanas de tratamento. []. **UMA REDUÇÃO DE PELO MENOS 70% DE CRISES FOI OBTIDA EM 41% DE SUJEITOS E 15% DE TODOS OS PACIENTES FICARAM LIVRES DE CRISES. PARA OS NOVE PACIENTES COM SÍNDROME DE DRAVET, A REDUÇÃO MÉDICA DE CRISES FOI DE 52% (GW Pharmaceuticals)**”.

Além desses estudos e manifestações nacionais, há centenas de artigos internacionais sobre o tema, os quais atestam os efeitos medicinais da Cannabis e seus canabinoides, especialmente o THC e o Cannabidiol, no tratamento de várias doenças refratárias aos medicamentos convencionais, bem como os casos concretos da Associação Abrace, com resultado em humanos. Sendo falacioso o argumento de que os testes somente foram feitos em ratos.

I.3) Dogmática do Uso da Cannabis para Fins Medicinais e Precedentes Jurisprudenciais

O grande precedente jurisprudencial no tema vem do Estado da Paraíba. Muitos pacientes sofrendores das doenças degenerativas já relatadas, não mais respondiam aos medicamentos caros e convencionais ministrados por seus médicos. Tomaram a decisão de fundar uma associação e plantar a Cannabis para consumo próprio dos pacientes, com médicos prescrevendo os remédios.

Fundaram a Associação Abrace e ingressaram com uma ação na Justiça Federal (Número: **0800333-82.2017.4.05.8200** Classe: **PROCEDIMENTO COMUM**), arriscando suas próprias liberdades de locomoção, pois passaram a ministrar o óleo da Cannabis, demonstrando resultados na ação, utilizando o argumento do Estado de Necessidade, legislação e tratados internacionais já referidos, que autorizam o uso medicinal da Cannabis, alegando a omissão da Anvisa em regulamentar.

O óleo esperança restabeleceu a dignidade de várias famílias em João Pessoa, reduzindo crises epiléticas e tratando sintomas de várias enfermidades degenerativas, vejamos trecho constante do processo:

O Óleo Esperança debelou ou reduziu muito as crises epiléticas nas crianças e jovens assistidos pela ABRACE, que não podem ter seu tratamento interrompido. As crises diárias que os acometiam causam danos ao desenvolvimento neuro psicomotor, provocando perdas e involuções que podem ser irreversíveis, visto que a plasticidade neural - mecanismo essencial para a recuperação de danos cerebrais – diminui com o avançar da idade, o que pode comprometer de forma definitiva sua autonomia.

O estado de saúde das crianças e jovens é grave e o tratamento com o Óleo Esperança, ao qual vêm se submetendo, não pode sofrer interrupção. Os relatos dos paciente ou de seus representantes legais demonstram que a ministração da substância levou ao fim ou à diminuição das crises epiléticas, fazendo com que os enfermos pudessem recuperar as conexões neurais perdidas com os danos cerebrais causados pelas convulsões. Muitos deles já conseguem estabelecer algum tipo de interação.

Presentes, portanto, os requisitos para a concessão da tutela de urgência (arts. 294 c/c 300 do Código de Processo Civil).

Os pacientes e responsáveis, diante do sofrimento de seus parentes, plantaram e produziram o óleo da Cannabis. Felizmente a história foi feliz ao final e a Justiça Federal da Paraíba concedeu liminar, autorizando a continuação do plantio para os Associados da Abrace, salvaguardando o direito à saúde e o Estado de Necessidade dos pacientes.

Provarei abaixo que não pode haver crime, quando um parente está tentando salvar a vida de um ente querido e quando um paciente está tratando a si mesmo com a Cannabis e que o texto abaixo sirva para reflexão dos valorosos Promotores Criminais que estão no MP brasileiro, para que possam arquivar inquéritos, quando constem tratamento de saúde envolvido e provado, para que cidadãos, não sofram duplamente, com a doença e com o processo-crime. O fato é atípico, claro, se constado o fim medicinal exclusivo.

I.4) Atipicidade em Suposto Crime de Tráfico de Drogas: Direito à Dignidade da Pessoa Humana.

Não pode haver crime de tráfico de drogas ou de uso, se o paciente ou seu responsável está usando o óleo da Cannabis para fins medicinais, principalmente em virtude das omissões do poder público já demonstradas neste trabalho.

O art 2º da lei de drogas é claro, o parágrafo único demonstra que a União tem que autorizar o plantio, pois não pode ter discricionariedade, quando o que está envolvido é o direito à saúde do cidadão. Como a Anvisa se omite em fazer seu papel, o cidadão não pode ser inibido de tratar o seu familiar que está pelo menos em Estado de Necessidade Penal.

Somente há crime quando há tipicidade fechada, tendo o legislador brasileiro e os tratados internacionais fomentado o plantio para fins terapêuticos, como já demonstrado, logicamente havendo a necessidade de uma prescrição médica, para limitar minimamente o uso técnico da substância. Vejamos o que a lei de drogas determina:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo determinados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Não pode o paciente pagar pelas omissões da Anvisa e transformar a exceção em regra, como disse o brilhante procurador da República, que proferiu parecer no caso da Associação Abrace. A lei quis dar o direito ao paciente de ter uma última chance de tratamento, quando nada mais dá certo.

Muitos pacientes ingressaram em alguns Estados com Habeas Corpus preventivos, para avisarem que estão plantando em casa para sobreviverem dignamente e que não podem ser presos. Entendo desnecessária a medida, pois o fato é atípico, porque não há o dolo constante no art. 33, o que existe é uma determinação de salvar um familiar querido e que está protegido pela lei. Qual o pai que não faria isso por um filho que convulsiona mais de 30 vezes em um dia e que poder morrer em uma das convulsões? Qual o filho que vendo seu pai e mãe ingressarem em um processo vegetativo de demência também não o faria?

Os promotores criminais devem arquivar Inquéritos Policiais que estejam demonstrados que o auto-cultivador é um paciente ou um responsável por ele, pois envolvido o direito à saúde, diante das omissões do poder público. O paciente terá laudos, vídeos e tantas outras coisas que poderá demonstrar sua boa fé, bem como prescrição médica e comprovações da evolução da doença sem cura.

Lógico que o ideal é que surjam em cada Estado Associações de pacientes que possam profissionalizar mais a produção do óleo, como aconteceu na Paraíba e fatalmente ocorrerá no Rio Grande do Norte, ou até mesmo a longo prazo o SUS assumir esta demanda, o que seria a solução definitiva para os pacientes pobres, já que a importação da Anvisa não lhes atende. Mas enquanto isso, não ocorre, inquéritos devem ser arquivados, quando estiver evidente que o óleo da cannabis foi usado para fins medicinais de pacientes com doenças crônicas.

I.5) Conduta Lícita do Médico na Prescrição do Óleo e outros derivados da Cannabis

Os médicos que prescrevem o óleo da Cannabis artesanal para os pobres também não cometem qualquer crime ou infração administrativa, pois estão autorizados a importarem pela Anvisa, em procedimento dificultoso, caro e regulamentado por esta Agência de Vigilância Sanitária da União, que atesta que não garante a eficácia do medicamento importado. Por que dar tratameto diferenciado para os pacientes artesanais associados e que fazem o auto-cultivo com prescrição médica?

Os médicos devem dividir a responsabilidade com o paciente e/ou responsável, em formulário próprio que existe na Anvisa. Não deve o médico ser processado, por estar tentando salvar ou melhorar a qualidade de vida de um paciente que já não encontra qualquer alternativa e muitos menos perder seu CRM administrativamente.

Vários médicos na Paraíba já prescrevem o óleo artesanal da Abrace e sabem da eficácia do medicamento, que repito é desativado e não causa qualquer “barato” ou efeito alucinógeno.

O médico não pode ser limitado por resoluções da Anvisa, quando têm a Constituição que protege mais amplamente o direito à saúde, não devendo ser furtar de ministrar o óleo por medo de perder o seu CRM, pois há vários artigos científicos nacionais e internacionais que lhe darão suporte para sua conduta, os quais comprovam a eficácia do medicamento em várias doenças.

A indústria dos laboratórios se utiliza da desinformação, tática de inteligência, para desestimular os médicos a não prescreverem, mas sabem que as pesquisas já demonstram a eficácia do medicamento, tanto que os americanos já patentearam. Muitos médicos também ignoram os efeitos benéficos do remédio por desinformação mesmo. Importante que assistam aos vários programas de TV que tratam do tema, leiam artigos científicos em outras línguas, pois os limites do seu mundo são os limites da sua linguagem, como diria o Filósofo Ludwig Wittgenstein, bem como visitem a Associação Abrace na Paraíba e constatem empiricamente o que se afirma aqui. Os médicos são vítimas também do preconceito com a planta, que somente tem um século de proibição e que sempre foi usada medicinalmente por nossos antepassados.

Não pode haver ilícito para um médico que está prescrevendo com base em pesquisas científicas publicadas em revistas sérias e na nossa Constituição, nem civil, nem penal e nem administrativo.

III – SÍNTESE DOGMÁTICA CONCLUSIVA:

- 1) O paciente pobre tem o direito ao uso medicinal dos medicamentos artesanais provenientes da Cannabis, da mesma forma que o rico pode importar com autorização da Anvisa.
- 2) O uso deve ser feito necessariamente através de prescrição médica, e a produção do óleo feita em associação de pacientes ou por pacientes individualmente através de auto-cultivo seu ou do seu responsável, unicamente para fins medicinais.
- 3) Não há crime de tráfico de drogas praticado pelos pacientes, pois os tratados internacionais, a Constituição brasileira e a lei de drogas fomenta o uso medicinal da Cannabis, não havendo tipicidade fechada para o crime referido.
- 4) Os Promotores de Justiça devem arquivar os inquéritos policiais, requerendo homologação judicial, quando estiver categoricamente provado, no inquérito, que o paciente e/ou seu responsável utilizaram os medicamentos derivados da Cannabis, para fins de tratamento de saúde e com prescrição médica, o que descaracteriza o dolo e na pior das hipóteses caracteriza o Estado de Necessidade como excludente de ilicitude.
- 5) O ato de prescrever é atípico criminalmente em relação aos médicos, pelos mesmos motivos do paciente, e por terem o dever constitucional de tentar o máximo, na ciência, para salvar seus pacientes ou minimizar suas dores e sintomas, não havendo tipicidade fechada do crime de tráfico, pois os tratados, Constituição e legislação fomentam o uso medicinal da Cannabis, estando o poder público omissivo legal e convencionalmente.
- 6) Os médicos não devem ser punidos administrativamente pelos seus CRMs, pois a própria Anvisa autoriza a importação dos medicamentos provenientes da Cannabis, sem testar a eficácia do medicamento importado, não podendo restringir o medicamento fabricado artesanalmente por associações ou pacientes, através do auto-cultivo e com prescrição médica.

ALTERAÇÃO DA SÍNTESE DOGMÁTICA:

Alteração no item 1 e supressão do item 6

- 1) O paciente tem o direito ao uso medicinal dos medicamentos artesanais provenientes da Cannabis.
- 2) O uso deve ser feito necessariamente através de prescrição médica, e a produção do óleo feita em associação de pacientes ou por pacientes individualmente através de auto-cultivo seu ou do seu responsável, unicamente para fins medicinais.

- 3) Não há crime de tráfico de drogas praticado pelos pacientes, pois os tratados internacionais, a Constituição brasileira e a lei de drogas fomenta o uso medicinal da Cannabis, não havendo tipicidade fechada para o crime referido.
- 4) Os Promotores de Justiça devem arquivar os inquéritos policiais, requerendo homologação judicial, quando estiver categoricamente provado, no inquérito, que o paciente e/ou seu responsável utilizaram os medicamentos derivados da Cannabis, para fins de tratamento de saúde e com prescrição médica, o que descaracteriza o dolo e na pior das hipóteses caracteriza o Estado de Necessidade como excludente de ilicitude.
- 5) O ato de prescrever é atípico criminalmente em relação aos médicos, pelos mesmos motivos do paciente, e por terem o dever constitucional de tentar o máximo, na ciência, para salvar seus pacientes ou minimizar suas dores e sintomas, não havendo tipicidade fechada do crime de tráfico, pois os tratados, Constituição e legislação fomentam o uso medicinal da Cannabis, estando o poder público omissos legal e convencionalmente

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MECHOULAM E CARLINE, EA. *Toward Drugs derived from Cannabis*. 1978. 65:174-179

ZUARDI, AW. *Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action*. *Rev Bras de Psiquiatria*. 2008. 30. 271-280.

SCHIER ARM, Ribeiro NPO, Silva ACO: *um componente de Cannabis Sativa como Ansiolítico*. *Rev Bras de Psiquiatria*, 2012, 34. 104-110.

MALCHER-LOPES, 2014.

PORTER E JACOBSON, 2013. *Report of a parent survey of Cannabidiol- Enriched cannabis use in pediatric treatment-resistant epilepsy*. *Epilepsy behav*. 2013. Dec. 574-7

CUNHA JM, Carline EA. *Chronic administration of cannabidiol to healthy volunteers and epileptic patients*. *Pharmacology* 21, 175-185.

DEVINSKY O. *Cannabidiol: Phamacology and potential therapeutic role in epilepsy and other neuropsychiatric disorders*. 2014 jun.

MALCHER-LOPES R. *Cannabinoides ajudam a desvendar aspectos etiológicos em comum e trazem esperança para o tratamento de autismo e epilepsia*. *Revista de Biologia*. 2014. 43-59.

SINILISCALCO D, Cirillo A, Bradstreet JJ, Antonucci N. *Epigenetic Findings in autism: new perspective for therapy*. *Int J Environ Res Public Health*. 2013. 4261-4273.

AÇÕES POSSESSÓRIAS E CONFLITOS AGRÁRIOS COLETIVOS NA JUSTIÇA ESTADUAL: O PAPEL DA UNIÃO¹

OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO²

MARIANA SEIFERT BAZZO³

JEFFERSON DE OLIVEIRA SALLES⁴

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 Procurador-Geral de Justiça do Paraná quatro vezes; ex-Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público; ex-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores de Justiça; professor licenciado de Direito da UNIBRASIL. Coordenador do *Centro de Apoio* Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos *Direitos Humanos* do MP-PR (CAOP-Direitos Humanos).

3 Promotora de Justiça, coordenadora do Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MP-PR. Representante da COPEVID-GNDH-CNPG no Paraná. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em “Estudos Sobre Mulheres” pela Universidade Aberta de Portugal. Integrante do GT Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP. Responsável pelo eixo de Política Agrária no CAOP.

4 Historiador, mestre em sociologia, assessor dos eixos Política Agrária e Núcleo de Povos e Comunidades Tradicionais no CAOP.

REFORMA AGRÁRIA, CAPITALISMO E ORIGENS AGRÁRIAS DO BRASIL

A reforma agrária é uma questão emblemática para o desenvolvimento capitalista. As economias capitalistas procuraram regular e limitar a propriedade agrária, buscando transformar a estrutura fundiária quando esta não atendeu ao desenvolvimento econômico, promovendo reformas agrárias radicais em razão da estrutura fundiária concentrada, como se deu na Revolução Inglesa (1640-50), Americana (1775-83 e Guerra Civil, 1861-65) e Francesa (1789-99). Não obstante as singularidades, os frutos das reformas na estrutura fundiária possibilitaram o desenvolvimento do capitalismo (ALMEIDA, SARDAGNA, 2002, p. 229-235, em estudo publicado na Revista Legislativa da Câmara dos Deputados).

Situação mais complexa ocorreu em países colonizados, como o Brasil, onde a propriedade fundiária originou-se, dialeticamente, de fatores como as formas históricas pelas quais populações autóctones apropriaram-se do território e o projeto de nação hegemônica pelos colonizadores. A relação destes elementos revela-se na estrutura fundiária, nas relações trabalhistas no campo, na produção agrícola, etc., sendo que, no Judiciário, um dos aspectos mais visíveis é o conflito fundiário coletivo (MARÉS, 2003).

A primeira lei fundiária do Brasil, Lei de Terras de 1850, definiu que todas as terras seriam devolutas, sendo competência do poder central promover a transferência do patrimônio público para os particulares. A intenção era transferir terras de forma parcelada, ampliando o mercado interno com instalação de pequenos proprietários, sem, contudo, enfrentar a questão dos grandes latifúndios e da grilagem (SILVA, 2008). A inovação trazida com a Constituição da República de 1891, transferindo a propriedade das terras devolutas para os Estados, não alterou a estrutura fundiária, ao inverso, repassou atribuições sobre a legislação de terras diretamente para o poder oligárquico regional que, no caso paranaense, adotou legislação que basicamente reeditou a Lei de Terras de 1850 (COSTA, 1992). A reificação deste quadro – da pouca eficácia dos modelos legais em enfrentar a exacerbada concentração fundiária – determinou a ocorrência de conflitos fundiários coletivos na sociedade nacional, em áreas de expansão onde havia maior autonomia da população rural estabelecida como agricultores autônomos. No relatório “Violações de Direitos Humanos dos Camponeses, da Comissão Nacional da Verdade (1946-1988)”, são citadas a Revolta de Porecatu e a Revolta do Colonos, ocorridas no Paraná respectivamente em 1945 a 51 e 1955 a 60, entre outras que levaram Brasil Pinheiro Machado (Chefe de Polícia à época e Procurador-Geral de Justiça no Paraná, professor do Departamento de História da UFPR) a afirmar que, na década de cinquenta, a polícia paranaense esteve “*mobilizada exclusivamente a serviço das grandes questões de terra*” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2015 s. p.; COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE DO PARANÁ, 2014, s. p). De comum nesses casos, há a ação de grandes empreendimentos (empresas imobiliárias denominadas “colonizadoras”) avançando sobre terras ocupadas por diferentes categorias de pequenos produtores denominados como “caboclos”, “posseiros”, “pequenos agricultores”, “trabalhadores rurais” etc. A tais grupos somam-se, recentemente, outros identificados pela bibliografia especializada (antropológica e jurídica) como “povos e comunidades tradicionais” por possuírem formas específicas de uso da terra, denominada *de uso comum* ou *terras tradicionalmente ocupadas* (ITCG, 2008 e CAMPOS, 2011).

Em nível nacional, a partir da década de cinquenta, surgiram vários movimentos sociais defendendo a reforma agrária, como as Ligas Camponesas (1950) e a CONTAG (1960), o que vai ocorrer com maior intensidade nas décadas de setenta e oitenta devido à denominada “modernização conservadora” (associando técnicas modernas de cultivo com a manutenção de uma estrutura fundiária arcaica) que propiciou, por meio de incentivos fiscais dirigidos a grupos industriais e financeiros (cite-se Bradesco, Bamerindus, Wokswagen) a implementação de “grandes projetos” de pecuária, agricultura e mineração, e ao mesmo tempo provocou o endividamento de pequenos proprietários, bem como determinou significativo êxodo rural (GRAZIANO DA SILVA, 1982, atual diretor da FAO- *Food and Agriculture Organization*, da ONU).

Aliás, diante de situações semelhantes em diversas partes do mundo, a FAO passou a defender a realização da reforma agrária como estratégia para promover o “desenvolvimento sustentável”, “direitos humanos”, “fortalecimento da justiça social”, convocando a Conferência Mundial sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural em 1979, à qual seguiram-se diversos outros eventos como a conferência homônima de 2006. Nessas Conferências, a organização reconheceu que “conflitos baseados na posse de recursos” tem causado “instabilidade política e degradação ambiental” afetando principalmente “indígenas”, “mulheres”, “comunidades tradicionais” e “populações pobres”. A declaração final da Conferência em 2006 enfatizou o papel do Direito, tratando da legislação e judiciário nacionais, destacando a necessidade da existência de procedimentos “administrativos e judiciários de decisão” capazes de promover e assegurar o acesso e “uso sustentável e equitativo à terra”, salientando ainda a necessidade de “estruturas” e “infraestruturas legais, institucionais” para promover reforma agrária (FAO, 2006).

Em 1975, no Brasil, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) passou a atuar no mesmo rumo, tendo por base a Doutrina Social do Vaticano enunciada na Encíclica *Rerum Novarum*, escrita pelo Papa João XXII em 1891. O documento tratou de temas como “Posse e uso das riquezas”, “prosperidade nacional”, “economia como meio de conciliação das classes” objetivando reverter o quadro de “violência das revoluções políticas” que opunham “proletariado e capital”. Essa teologia, associada ao quadro nacional descrito acima, subsidiou a CNBB para a criação da “Comissões de Terras” (posteriormente Comissão Pastoral da Terra, CPT), definindo que cada “Diocese e Prelazia” deveria se comprometer com a reforma agrária “*dando cumprimento ao espírito e letra do Estatuto da Terra*” com “*especial atenção ao Estatuto da Terra e à Legislação Trabalhista Rural*”, organizando “assessoria jurídica” para tratar destes temas (CPT, 2015).

No Paraná, onde ocorre a fundação do Movimento de Trabalhadores Sem Terra (MST) em 1984, tem-se que os principais conflitos fundiários advêm da inexistência de uma eficiente política agrária e, na região oeste, da anterior ocorrência de grilagem, entendida aqui, a partir da definição do INCRA, como qualquer

ação ilegal que objetiva a transferência de terras públicas para o patrimônio de terceiros [...] acontece normalmente com a convivência de serventúrios de Cartórios de Registro Imobiliário que, muitas vezes, registram áreas sobrepostas umas às outras – ou seja, elas só existem no papel. Há também a convivência direta e indireta de órgãos governamentais, que admitem a titulação de terras devolutas estaduais ou federais a correligionários do poder, a laranjas ou mesmo a fantasmas [...]. Depois de obter o registro no cartório de títulos de imóveis, o fraudador repetia o mesmo procedimento no Instituto de Terras do Estado, no Cadastro do INCRA e junto à Receita Federal (INCRA, 2000).

Para exemplificar a situação, no Paraná, em 2015, na faixa de fronteira com Paraguai e Argentina, havia cerca de 500 ações de desapropriação movidas pelo INCRA contra particulares, sendo relacionadas a muitas áreas já destinadas à reforma agrária. O tópico “Histórico das desapropriações”, da sentença do Juiz Federal Rony Ferreira, estima em vinte bilhões de dólares as indenizações pretendidas contra a União em decorrência da ação de grileiros e emissão de títulos ilegais. Situação análoga há nos Estados do Amazonas, Pará e Tocantins, onde terras griladas chegam a milhões de hectares, abarcando parques nacionais, terras indígenas, etc. (TRIBUNAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO, 2015; INCRA, 2000). Tais acontecimentos estão ainda associados ao assassinato de lideranças como Chico Mendes, da freira *Dorothy Stang* e ao massacre de Eldorado do Carajás⁵.

2. CONSTITUINTES E O PAPEL DA UNIÃO NA REALIZAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA

Com o avanço do poder centralizador da União, ocorreram limitações ao direito da propriedade, sendo que a Constituição de 1934 condicionou-a à “utilidade pública” (art. 113, 17), enquanto que a Constituição de 1946 (art. 141, § 16) ao “interesse social” (JELINEK, 2006, p. 17 e ss.). Décadas depois, devido a intensa mobilização social, a Lei nº 4504/64 (Estatuto da Terra), assegurou a garantia propriedade da terra, condicionada entretanto à sua função social :

Art. 2º, § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente [...]: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. [...] § 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho [...].

O Estatuto da Terra previu também a exigência da realização da reforma agrária, que

visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio (art. 16).

Na Constituinte de 1988, o tema da função social da terra foi explosivo, como demonstra o relatório final da Subcomissão responsável, descrevendo “tumultos” e “violação” do regimento interno na votação final, que aprovou texto condicionando a propriedade à sua função social. Assim, o art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal, prevê que a propriedade deve atender a sua função social, enquanto que o seu art. 186 apresenta os requisitos para se considerar cumprida a função social da propriedade rural. Ainda, o seu art. 184 estabelece comando no sentido da União realizar desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Por sua vez, o art. 9º, da Lei nº 8.629/93, explicita a definição constitucional de função social da propriedade rural:

“A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. § 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados

⁵ Detalhes destes fatos, condenações da OEA impostas ao Brasil e Paraná em relação a conflitos fundiários, breve histórico da questão agrária no Paraná e atuação do MP-PR são disponibilizados no sítio do CAOPDH (vide bibliografia).

nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei. § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. § 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais. § 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

Não obstante a antiguidade dos dispositivos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que tratam da reforma agrária, verifica-se, na prática, sua diminuta efetivação. Dados disponibilizados pelo INCRA de 2015, analisando o território nacional, demonstram que “130 mil grandes imóveis rurais concentram 47,23% de toda a área cadastrada e 3,75 milhões de minifúndios equivalem, somados, a 10,2%”. O panorama da má distribuição torna-se mais revelador se adicionado o critério “produtividade” porquanto, segundo trabalho coordenado pela USP/CNPq, “66 mil imóveis (classificados como “grandes propriedades privadas e públicas”) são improdutivos, não atendendo a “função social da terra”, ocupando 175,9 milhões de ha (**O GLOBO, 09/01/15**).

Tal quadro se contrapõe à obrigação da União de implementar a política de reforma agrária e realizar o ordenamento fundiário nacional, contribuindo para o desenvolvimento rural sustentável, conforme inclusive comando constitucional:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

3. A AUSÊNCIA DA REFORMA AGRÁRIA E OS CONFLITOS POSSESSÓRIOS EM TRAMITAÇÃO NA JUSTIÇA ESTADUAL.

Atualmente, o número expressivo de famílias envolvidas em conflitos fundiários coletivos interfere diariamente na atuação do Ministério Público e Judiciário nos Estados, já que se está a tratar de populações em situação de pobreza extrema, privadas de direitos elementares (moradia, saúde, alimentação, etc.), agravado pelo fato de que a criação de assentamentos recuou desde 2006, com decréscimo acentuado do número de famílias atendidas e áreas destinadas à reforma agrária (**O GLOBO, 30/01/14**).

Nesse contexto, potencialmente conflituoso, é que se compreende a obrigatória intervenção do Ministério Público nas ações possessórias que se relacionam com conflitos coletivos pela terra, determinação essa expressamente prevista no novo Código de Processo Civil:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. [...] § 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

Em consonância com o que determina a legislação processual civil, a Recomendação nº 01/12, da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, tem como uma de suas diretrizes a promoção da audiência de mediação entre todas as partes envolvidas, quais sejam, a população alvo da desocupação, os titulares do domínio ou posse e autoridades da União, Estado e Municípios, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas agrárias, em especial, o INCRA. Trata-se de estímulo a uma solução alternativa e pacífica, que evite ações violentas e provoque a interferência positiva dos órgãos responsáveis pela efetivação das políticas públicas agrárias. Assim, o Ministério Público atua não apenas para averiguar a

existência do direito à posse ou à propriedade, mas também na promoção de outros direitos coletivos e sociais ligados à terra, tendo “qualidade de interveniente em razão da natureza da lide, reveladora do interesse público primário da República Federativa do Brasil de incrementar, em conformidade com a Constituição e com as leis, a reforma agrária” (GARRIDO, 1997, p.10). No mesmo sentido, registra o Promotor de Justiça Marcelo Pedroso Goulart:

Cabe ao Ministério Público defender o projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição. No atual momento histórico, é necessário frisar que, mais do que defender, o Ministério Público deve colocar-se como parceiro privilegiado de todos os setores da sociedade civil comprometidos com a construção da democracia de massas, difundindo e defendendo os valores democráticos, fazendo atuar os direitos sociais, coletivos e difusos (...) Assim, impõe-se a intervenção do Ministério Público na questão agrária, seja para cobrar administrativa ou judicialmente a implementação da política agrária definida na Constituição, seja para intervir nos processos que versam sobre conflitos fundiários (GOULART, 2012, n.p.).

Ademais, a realização de despejos forçados, mesmo os determinados por autoridade judicial competente e seguindo o devido processo legal, não podem resultar em pessoas desabrigadas ou expostas a violações de direitos humanos, conforme ressalta o Comentário Geral 7, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em consonância com diversos artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada no Brasil pelo Decreto 678/1992.

Tendo como exemplo o Paraná, de acordo com INCRA há, atualmente, cerca de dez mil famílias acampadas em áreas que, na sua maioria, já está com reintegração de posse determinadas pela Justiça Estadual, podendo o despejo ocorrer a qualquer momento. Partindo do raciocínio até agora desenvolvido, seriam somente os entes municipais e estaduais responsáveis pela resolução de tal situação?

A tese aqui defendida se pauta justamente pelo necessário alargamento do grupo de atores a serem envolvidos nas ações possessórias dos conflitos agrários na esfera estadual.

Deve, em razão das previsões de nosso ordenamento jurídico, ser a União sempre chamada formalmente a intervir nos autos, em obediência ao art. 565, par. 4º do novo CPC, já que, nos termos da lei, *o órgão responsável pela política agrária é uma autarquia federal*. O INCRA tem essa incumbência, conforme prevê o art. 16, par. Único, da Lei nº 4504/64 e, diz-se mais, o Ministério Público Federal pode/deve exigir a resposta positiva quando de eventual deficiência na prestação institucional da referida autarquia.

Repisa-se que, desde meados do século XX, organizações sociais foram criadas na defesa de territórios ocupados por várias categorias de pequenos agricultores ante a expansão de grileiros e do latifúndio e, nos últimos cinquenta anos, reivindicando reforma agrária. Em regra, mencionadas organizações, a exemplo do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), acabam por ocupar áreas entendidas como “improdutivas” ou “descumpridoras de sua função social”, ou seja, sua ação aparentemente ilícita, configurada como esbulho possessório, fundamenta-se no princípio de que aquela propriedade deveria ter sido afetada por uma eficaz reforma agrária promovida pela União.

Dados quantitativos, analisados pelo núcleo de pesquisa multidisciplinar da UNESP (Universidade Estadual Paulista), indicam que, de regra, as ocupações possuem três motivações:

a) recuperação ou terras de trabalho reconquistadas – que estavam ocupadas há décadas por camponeses, mas se encontram em litígio por causa da territorialização do capital na expropriação das famílias camponesas; b) terras devolutas, quando os camponeses ocupam terras pertencentes ao Estado, em áreas de fronteira, e cujas terras passam a ser griladas por latifundiários, e c) ocupação de latifúndios (FERNANDES, 2001, p. 07).

Demonstra-se na pesquisa que, nos últimos vinte anos, aproximadamente 77% dos assentamentos implantados pelo INCRA – em cumprimento da lei e de suas atribuições institucionais – originaram-se de ocupações de terra (FERNANDES, 2001, p.14).

Nesse sentido manifesta-se o ex-Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Jacques Távora Alfonsin, para quem

se uma determinada função é gravada como social, e deixa de funcionar como tal, isso afeta toda a sociedade para quem a dita função existe e é legalmente válida. Ela não se esgota numa relação interindividual apenas. Levado a juízo, um conflito relacionado com qualquer disfunção, como ocorre frequentemente em questões de terra, muito raramente uma tal obviedade é ponderada [] Assim, qualquer desvio ilegal do direito de propriedade lesa uma porção de gente indeterminada, titulada por um interesse capaz de legitimá-la para agir materialmente em sentido contrário (ALFONSIN, 2015, s. p.).

A Procuradoria Federal Especializada do INCRA (PFE-INCRA), na obra “Lei 8629/93 Comentada por Procuradores

Federais”, reconhece disfunções existentes entre a atuação do órgão e o protagonismo da sociedade civil organizada. O Procurador Valdez Adriani Farias, ex-chefe da PFE-INCRA, tratando do art. 2º da lei, salienta que o órgão, durante longo período, não atuou em relação a diversos aspectos da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária,

deixando de desapropriar propriedades que degradavam o meio ambiente, assim como aquelas nas quais se violava a legislação trabalhista e não contribuíam para o bem-estar dos trabalhadores. Portanto, por um lado a autarquia agrária não se desincumbia das suas atribuições institucionais, e por outro lado restavam sem efetividade os incisos II a IV do art. 186 da CF/88, art. 2º e art. 9º, II a IV da Lei nº 8.629/93 (INCRA, 2011, p. 31).

Não raro, portanto, é o caso em que a terra ocupada pode ser reavida pela União por meio de ações que se tornaram padrão nos últimos anos: I) Recuperação de terras devolutas; II) Verificação de cumprimento de função social; III) Recuperação de grandes dívidas tributárias federais em que possa haver a compensação por meio da entrega do bem imóvel.

Nesses casos, o conflito, que aparenta ser meramente possessório e no âmbito da Justiça Estadual, pode ser resolvido sem o despejo de famílias distantes do mínimo existencial e também sem a necessidade de gastos do Estado para a realização de uma grande operação policial de despejo, geralmente permeada de atos de violência, gerando graves violações de direitos humanos.

No sentido de se evitar a mera determinação de reintegração de posse com uso da força policial, devem ser implementadas ações positivas do ente federado que é, por excelência, responsável pela implementação da política cuja ausência, de fato, foi que ensejou a “invasão”.

A jurisprudência pátria já estabeleceu ser essencial a chamada da União ao processo para que, nos termos da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça (“*Compete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas*”) afirme, categoricamente, que não possui qualquer interesse no feito. Ainda, diante de eventual negativa do INCRA, apresenta-se adequada a comunicação ao Ministério Público Federal a fim de seja avaliada a cabimento de exigir da União o atendimento das famílias alijadas de uma devida política nacional, plenamente identificadas num processo de reintegração de posse que tramita na Justiça Estadual.

Nesse sentido, colacionam-se:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO CÍVEL E JUÍZO FEDERAL. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DO INCRA. DECLARAÇÃO, PELO JUÍZO FEDERAL, DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA AUTARQUIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DE OPOSIÇÃO, QUE NÃO FORA CONSIDERADA NA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO. – A existência, conexa à ação possessória, de ação de oposição ajuizada por Autarquia Federal, torna o Juízo Estadual absolutamente incompetente para decidir toda questão. – A decisão do Juízo Federal que não tomou em consideração a existência da referida oposição, é passível de revisão, não se aplicando, à hipótese, as orientações contidas nas Súmulas 150 e 254/STJ. Conflito conhecido e provido, para o fim de declarar a competência do Juízo Federal, ora suscitado (STJ. Ação de Interdito Proibitório 85115 RR 2007/0103237-7. Relatora: Ministra Nancy Adrighi, 2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NULIDADE. AUSÊNCIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DO INCRA. INTERESSE JURÍDICO. SÚMULA nº 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. – 1. A ausência de sua intimação do órgão ministerial para se manifestar com fiscal da lei na primeira instância não acarreta nulidade, pois ela foi suprida com sua manifestação nesta sede recursal e por não ter havido prejuízo. 2. O interesse imediato do INCRA é a posse das terras onde promove projeto de assentamento, de sorte que a posse/desavença dos agravados é obstáculo à atividade do INCRA. Registre-se que, conquanto tenha dado nome de assistência à sua intervenção de terceiros, o INCRA, de fato, pretende definir a posse das terras objeto da possessória para dar-lhe destino social. 3. “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula nº 150 do STJ). 4. Estando presente o interesse do INCRA na lide, devendo ingressar no processo na qualidade de assistente, afigura-se competente, portanto, a Justiça Federal para conhecer e julgar a ação de origem. 5. Agravo de instrumento do INCRA provido. (TRF-1. Agravo de Instrumento 200901000423018 MT 2009.01.00.042301-8, Relator: Desembargadora Federal: Selene Maria de Almeida, 26/02/14).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DECISÃO QUE DECLINA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. PRECLUSÃO PRO JUDICATO.

INOCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DECIDIDA EM MOMENTO ANTERIOR À MANIFESTAÇÃO DO INTERESSE DO INCRA EM INGRESSAR NA LIDE, EM RAZÃO DA CONSOLIDAÇÃO DO “PROJETO DE ASSENTAMENTO PONTAL DO TIGRE” NA ÁREA LITIGIOSA. ADEMAIS, QUESTÃO RELACIONADA À COMPETÊNCIA ABSOLUTA (RATIONE PERSONAE) NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECIDIR SE HÁ OU NÃO INTERESSE DA UNIÃO OU SUAS AUTARQUIAS. EXEGESE DA SÚMULA 150/STF. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. – 1. Não há que se falar em preclusão pro judicato quando as decisões que rejeitaram os incidentes de exceção de incompetência foram proferidas em momento anterior à manifestação de interesse do INCRA na causa; ademais, tratando-se de questão relacionada à competência absoluta (em razão da pessoa - art. 109, I, CF), não há preclusão em eventual reexame da matéria. 2. “*Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas públicas*” (Súmula 150/STF). [Voto Relator] “Além disso, há tempos foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150). A propósito: “*Quando é a União, sua autarquia ou empresa que vem a juízo afirmar seu interesse na causa, razoavelmente fundamentado, a competência para decidir tal questão é da Justiça Federal (Súm. 150) (REsp nº 92.052/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 26.08.96)*”. Destarte, porque falece competência a Corte Estadual decidir acerca do interesse da União e suas autarquias, não há como acolher a pretensão ora esboçada, sendo certo que dirimir-se, previamente, a respeito do interesse jurídico ou não do INCRA, opera em benefício dos próprios Agravantes, prevenindo eventual reconhecimento de nulidade em razão de julgamento por juízo absolutamente incompetente”. (TJPR. Agravo de Instrumento 13669953 PR 1366995-3 (Acórdão). Relator: Luiz Espíndola. 02/12/15).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR - PROJETO DE ASSENTAMENTO - ÁREA DESAPROPRIADA PELO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) - INTERESSE DA AUTARQUIA FEDERAL A JUSTIFICAR A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA VERIFICAÇÃO DA QUESTÃO. – Havendo possibilidade latente de interesse do INCRA no feito, mormente em razão da área objeto do litígio pertencer à União, sendo utilizada para fins de reforma agrária, imperativo o reconhecimento da incompetência da Justiça Comum, sendo de se determinar a remessa dos autos à Justiça Federal para o exame da questão. (TJMG. Agravo de Instrumento 1011120005629001 MG. Relator: Otávio Portes. Publicação: 08/03/13).

CONCLUSÃO

- A) Apesar de prevista na Constituição da República de 1988, assim como em outras leis infraconstitucionais, não houve satisfatória implementação de política de reforma agrária no Brasil. Por conta disso, populações expropriadas ou privadas do direito à terra (e a radicar), principalmente pequenos agricultores, desde meados do século 20, reuniram-se em organizações que hoje pleiteiam, enquanto movimento social, o cumprimento por parte do Estado de seu dever institucional e indelegável do asseguramento de direitos fundamentais.
- B) A autarquia federal INCRA é, por lei, responsável pela implementação de política agrária das quais estão alijadas as famílias que compõem os referidos movimentos sociais, que ocupam imóveis compreendidos como destináveis à reforma agrária, ensejando a propositura de ações possessórias (reintegração de posse, interdito proibitório, entre outros) no âmbito da Justiça Estadual.
- C) Em cumprimento ao novo art. 565, par. 4º, do Código de Processo Civil, e a diversos outros dispositivos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais de prevenção a violação de direitos humanos, deve ser chamada pelo Ministério Público Estadual (na função de *custus legis*) a União, para integrar os processos de ações possessórias que envolvem conflitos coletivos de terra em área rural, em tramitação na Justiça Estadual.
- D) Nos termos da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça, caso a União entenda por ausência de interesse no feito, sem prejuízo de se buscar o atendimento a direitos fundamentais por intervenção do Ministério Público Estadual, deve ser comunicada tal negativa ao Ministério Público Federal para que demande eficaz política de reforma agrária que venha atender as famílias de pequenos agricultores sem-terra em áreas de ocupação, sempre na perspectiva da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

BIBLIOGRAFIA E JURISPRUDÊNCIA

ALFONSIN, Jacques T. A. A legitimidade popular para cobrar função social à propriedade. *Rev. Instituto Humanitas, Universidade Unisinos*, 13/05/15. In: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/542538-a-legitimidade-popular-para-cobrar-funcao-social-a-propriedade>. Acesso em 16/03/17.

ALMEIDA, Élcio e SARDAGNA, Crysthian. Reformismo agrário nos países democráticos. *Rev. Informação Legislativa do Senado*. Brasília, v. 39, p.229-35, 2002. In: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/782>, acesso em 04/04/17.

ADVOGACIA GERAL DA UNIÃO. STJ decide controvérsia sobre ações de desapropriação de imóveis rurais em faixa de fronteira no Paraná. 17/08/09. In: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/91659, acesso em 15/03/17.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão da Política Agrícola e Agrária e da Reforma Agrária. Brasília, 1988. In: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao6/subcomissao6c, acessado em 15/03/17.

COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE DO PARANÁ (preliminar). Violações de Direitos Humanos no Campo. <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>, acessado em 15/03/17.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Violações de Direitos Humanos dos Camponeses. In: <http://www.cnv.gov.br/imagens/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%203.pdf>, acesso 17/03/15.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Há 40 anos nascia a CPT. In: <https://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/cpt-40-anos/2605-ha-40-anos-nascia-a-cpt>. acesso em 09/03/17.

_____. *Conflitos no Campo 2015*. GO, 2016.

CAMPOS, José N. *Terras de Uso Comum no Brasil*. EDUFSC, Florianópolis-SC, 2011.

COSTA, Odah R. *Constituição de 1891*. *Rev. Informação Legislativa do Senado*, n. 113, Brasília, 1992.

FERNANDES, Bernardo. A ocupação como forma de acesso à terra. XXIII Congresso Internacional da Associação de Estudos Latino-Americanos. Washington - DC, 2001. In:

<http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/FernandesBernardoPort.pdf>, acesso em 15/03/17

GARRIDO DE PAULA, Paulo. Intervenção do Ministério Público nas ações possessórias envolvendo conflitos coletivos pela posse da terra rural. In: Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 1997.

GOULART, Marcelo P. O Ministério Público e a Questão Agrária. Grupo Nacional de Membros do Ministério Público em 05/04/12. In: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/100/>, acessado em 17/03/17.

GRAZIANO DA SILVA, José. *A modernização dolorosa*. Ed. Zahar. RJ, 1982.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA). Procuradoria Federal Especializada junto ao Inbra. Lei 8629/93 comentada por procuradores federais. Brasília, 2011.

_____. *Livro Branco da Grilagem de Terra no Brasil*. DF, 2000.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. Ministério Público do Rio Grande do Sul. RS, 2006. In: <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, acessado em 12/03/17.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre-RS. 2003.

MEDEIROS, Leonilde S. *História dos movimentos sociais no campo*. FASE, Rio de Janeiro, 1989.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos. Apresentação – Política Agrária. In: <http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=137em>, acesso, 18/03/17.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais. Ministério Público: atuação especializada nos conflitos agrários/fundiários.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. In: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>, acesso 06/04/17.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO). Conferência Internacional sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural. RS, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação de Interdito Proibitório. CC: 85115 RR 2007/0103237-7. Rel.: Min. Nancy Adrighi. DJe 01/08/08. In: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791443/conflito-de-competencia-cc-85115-rr-2007-0103237-7/in-teiro-teor-13713604>, acesso, 18/03/17.

TRIBUNAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Agravo de Instrumento. AG: 200901000423018 MT 2009.01.00.042301-8. Rel: Des. Federal Selene Maria de Almeida. e-DJF1, p.127 de 11/03/14. In: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995884/agravo-de-instrumento-ag-200901000423018-mt-20090100042301-8-trf1>. Publicado em 01/08/08, acesso em 06/07/16.

TRIBUNAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. Ação de Desapropriação nº 98.10.10948-2/PR. *Juiz Federal Rony Ferreira*. e-DJF4, em 08/10/15. In: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/2acaodedesapropriaacaotr4.pdf, acesso 06/07/16.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento. AI: 10111120005629001. Des. Otávio Portes. 08/03/13. In: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114782733/agravo-de-instrumento-cv-ai-10111120005629001-mg>, acesso, 18/03/17.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Agravo de Instrumento. AI: 13669953 PR 1366995-3. Des. Luiz Espíndola. Curitiba, DJ: 1725 22/01/16. In: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995884/agravo-de-instrumento-ag-200901000423018-mt-20090100042301-8-trf1>, acesso, 18/03/17.

INSTITUTO DE TERRAS CARTOGRAFIA E GEOCIÊNCIAS. Encontro de comunidades tradicionais tem apoio do Governo do Estado. ITCG, 23/05/08. In: <http://www.itcg.pr.gov.br/modules/noticias/print.php?storyid=37>, acesso em 8/03/17.

O GLOBO. Concentração de terra cresce e latifúndios equivalem a quase três estados do Sergipe. In: <http://oglobo.globo.com/brasil/concentracao-de-terra-cresce-latifundios-equivalem-quase-tres-estados-de-sergipe-15004053#ixzz4K8sMPtL9>. Publ. 09/01/15, acesso em 01/06/16.

_____. Número de famílias assentadas sobe, mas é menor que de anos FHC e Lula. Publ. 30/01/14, In: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/numero-de-familias-assentadas-sobe-mas-e-menor-que-de-anos-fhc-e-lula.html>, acesso em 04/04/17.

SILVA, Ligia O. Terras devolutas e latifúndio. Ed. UNICAMP, Campinas-SP, 2008.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS DOS POVOS DE TERREIRO¹

PAULO CÉSAR VIEIRA TAVARES²

MARIANA SEIFERT BAZZO³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Igualdade Étnico-Racial enquanto direito a ser garantido pelo Ministério Público. 3. Dados que revelam o problema de intolerância religiosa contra povos de terreiro. 4. Previsões legais específicas sobre laicidade do Estado e direitos de povos de terreiro. 5. Casos concretos de atuação do Ministério Público Estadual do Paraná 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

2 Paulo César Vieira Tavares, é Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Saúde Pública e Saúde do Trabalhador, e da Habitação e Urbanismo da Comarca de Londrina.

3 Promotora de Justiça Designada para coordenar o Núcleo de Promoção de Igualdade Étnico-Racial do MPPR, e para atuar como integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP.

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) define a discriminação racial ou étnico-racial como “*toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada e a desigualdade racial como toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica*” (art. 1º, parágrafo único). A população negra é a principal vítima da desigualdade étnico-racial no Brasil. Tal conclusão está baseada em dados estatísticos que apontam, por exemplo, para sua pequena representação política e para seus baixos salários com relação à população branca.

Os praticantes da religião afro-brasileira, por conseguinte, são as principais vítimas de crimes de racismo fundamentados na intolerância religiosa, bem como de práticas de racismo institucional que ignoram o princípio de laicidade do Estado Brasileiro.

O Ministério Público, na esfera estadual e federal, deve atuar no sentido de evitar tais violações de direitos.

2. IGUALDADE ÉTNICO-RACIAL ENQUANTO DIREITO A SER GARANTIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 3º, que “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV Promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...)*”.

No art. 4º, tem-se que. “*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.*”

No importantíssimo art. 5º, afirma-se que “*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, a liberdade, a igualdade, a segurança e a prosperidade...(...)*”, sendo ressaltado no inciso XLII que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito de reclusão nos termos da lei*” e, no inciso XLI, que *a lei punirá a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.*

Ainda, o Estado Brasileiro é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (todas promulgadas por Decreto). No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou recentemente a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância.

Finalmente, enquanto diplomas infraconstitucionais, temos a Lei 7.716/1989 (que prevê crimes de racismo), a Lei 9.459/97 (que prevê o crime de injúria racial), a Lei 10.639/2003 (que prevê a obrigatoriedade de ensino de cultura e história afro-brasileiras nos currículos oficiais), o próprio Estatuto da Igualdade Racial já citado, Estatutos Raciais de âmbito estadual, como se tem no Estado na Bahia a Lei 20785/2014, além das diversas legislações que preveem o sistema de cotas em âmbito federal e estadual.

Destarte, leis não faltam no sentido de obrigar o Estado e a sociedade a promoverem a efetiva igualdade étnico-racial, direito principalmente da população negra brasileira.

De acordo com a Carta Magna, *o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127). Entre suas funções encontram-se diversas formas de atuação que garantem o cumprimento da legislação supracitada.

Assim disserta o art. 129 da Constituição da República: “*São funções institucionais do Ministério Público:*

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Nesse primeiro caso, o combate ao racismo se dá da forma mais elementar. Principalmente após a reforma legislativa de 2009, o MP se tornou o único órgão a processar criminalmente alguém que comete o crime de racismo propriamente dito ou enquanto injúria racial, uma vez que a lei obriga o processamento de todos os crimes raciais por meio da ação penal pública (condicionada no caso da injúria racial).

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

O MP deve fiscalizar os demais poderes quanto à aplicação da Constituição Federal e leis dela decorrentes, quanto tratam do tema da promoção da igualdade étnico-racial, a partir da exigência de que os agentes públicos implementem políticas públicas previstas no Estatuto da Igualdade Racial e leis que o regulamentam.

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Talvez aí resida o maior poder de transformação do Ministério Público quanto à promoção da igualdade étnico-racial. Necessário ressaltar que, recentemente, no ano de 2014, houve alteração da lei de ação civil pública que incluiu em seu art. 1º o inciso VII, senão vejamos:

“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)

(...) VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)”.

Destarte, o Ministério Público é o principal autor de ação civil pública para a defesa de tais direitos, sendo que, em caso de ser iniciado o processo por outros legitimados a proporem (Defensoria Pública, Associações, etc.), o órgão ministerial sempre atuará como interveniente, opinando sobre o deslinde do feito. Ressalte-se que, no Estatuto da Igualdade Racial, há o mecanismo da propositura de ação civil pública para a concretização do que ali vem previsto (art. 55 da lei 12.288/2010).

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

No inciso V houve priorização da proteção à população indígena, pelo mesmo fundamento que determina a especial proteção à população negra e outros grupos étnicos.

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Nesse inciso, torna-se possível a investigação direta em procedimentos administrativos, os quais, por vezes, impulsionam o poder público a trazer prioridade à questão da igualdade racial, conforme ordena a lei, sem que se torne necessária, muitas vezes, a própria inclusão da questão junto ao Poder Judiciário.

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Aqui, novamente, entra-se no papel do MP de bem impulsionar as investigações criminais que envolvem as questões raciais, bem como punir eventuais policiais que pratiquem, no âmbito de suas funções, condutas racistas, ainda que no âmbito do racismo institucional⁴, ou seja, deixando de registrar ou apurar condutas que se enquadram como crimes raciais ou realizando abordagens e mesmo agindo com violência física contra a população negra estigmatizada.

Nítida, portanto, é a obrigação do Ministério Público de intervir em toda e qualquer causa que implique violação dos direitos relacionados à promoção da igualdade étnico-racial no Brasil.

3. DADOS QUE REVELAM O PROBLEMA DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA CONTRA POVOS DE TERREIRO

Em média, a cada três dias, uma denúncia de intolerância religiosa chega à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Entre 2011 e 2014, 504 queixas desse tipo foram relatadas à pasta pelo Disque 100 – canal de denúncias para violações dos direitos humanos, que são repassadas à Polícia e ao Ministério Público. Reconhece-se que a intolerância religiosa, na prática, tende a ser maior do que aquela denunciada, e que situações como a da menina de 11 anos agredida em junho de 2015 com uma pedrada na cabeça, ao sair de um terreiro de candomblé na Vila da Penha, zona norte do Rio, estão muito longe de ser casos isolados. Essa garota foi atacada na ocasião por dois homens, que gritaram “Sai demônio, vão queimar no inferno, macumbeiros”.⁵

⁴ O racismo institucional é o fracasso coletivo de uma organização em fornecer um serviço adequado e profissional às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Uma das principais expressões do racismo institucional é o fenômeno da subnotificação de crimes raciais. Assim, deve o promotor de justiça, da área criminal e/ou com atuação em direitos humanos, zelar pelo correto registro de tais crimes desde sua formalização junto à Delegacia de Polícia local, garantindo que não sejam capitulados como injúria comum (art. 140, caput, do CP) e erroneamente processáveis pela via do Juizado Especial Criminal. Ainda, deve ser garantida que sua investigação judicial se inicie por meio de ação pública (condicionada, no caso de injúria racial). No caso Simone Diniz (Relatório Nº 66/06, de 21 de outubro de 2006, Caso 12.001), o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana da OEA, por não trazer respostas criminais eficazes aos crimes raciais. Entre as Recomendações impostas ao Estado brasileiro, houve justamente a de que se adotassem e instrumentalizassem medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo.

⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1648607-a-cada-3-dias-governo-recebe-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa.shtml>. Acesso em 16.06.2016.

De acordo com a Ouvidoria da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, em 2015 houve um aumento no número total de denúncias de violação de discriminação religiosa em relação a 2014. Em 2014, a Ouvidoria recebeu 149 denúncias. Já em 2015, houve um aumento de 69,13%, com 252 denúncias recebidas.⁶

Apenas em 2013, nada menos que 45 episódios relatados de intolerância religiosa envolveram violência física (20% dos casos do ano). Até julho de 2014, outros 18 haviam sido registrados (12%). Fiéis de religiões de matriz africana (candomblé e umbanda) constituem-se nos alvos mais comuns dos relatos de intolerância recebidos pelo serviço, o que equivale a um terço dos episódios em que há esse detalhamento.⁷

De acordo com reportagem do jornal alemão Deutsche Welle, há fortes evidências desse aumento da intolerância religiosa no Brasil. Foram registrados, em 2013, um total de 231 denúncias por discriminação religiosa, mais que o dobro do ano anterior. O “Coletivo de Entidades Negras”, entidade nacional do Movimento Negro, representando várias comunidades religiosas afro-brasileiras, estando presente em 17 (dezesete) estados brasileiros e 23 (vinte e três) municípios baianos, fundado em 2005, pediu ao Ministério Público, em março de 2015, que fossem adotadas providências em relação a casos de intolerância religiosa ocorridos em 26 dos 27 Estados do Brasil.⁸

A gota d’água dessa iniciativa foi a criação dos “Gladiadores do altar”, organização de militantes da Igreja Universal do Reino de Deus, cujos membros podem ser vistos, pela internet, marchando em sincronia, e saudando como soldados em grande estilo e entoando orações e frases em uníssono.⁹

Além disso, dados levantados pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR) evidenciam que mais de 70% dos 1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos registrados no Estado, entre 2012 e 2015, são contra praticantes de religiões de matriz africana. Essa estatística confirma que os seguidores da umbanda e do candomblé, e suas variações, ainda são os mais atacados por conta de sua religião.¹⁰

Em 2015, no mês de novembro, um terreiro de candomblé foi incendiado em Brasília, sem deixar feridos. Na época, a imprensa local já registrara 12 incêndios semelhantes desde o início daquele ano somente no Distrito Federal.¹¹

A propósito, a BBC Brasil ouviu especialistas sobre os motivos da hostilidade contra as religiões de origem africana e que medidas podem ser adotadas para combater essa onda de violência. Para eles, há duas explicações. Por um lado o racismo e a discriminação que remontam à escravidão e que desde o Brasil Colônia rotulam tais religiões pelo simples fato de serem de origem africana, e, pelo outro, a ação de movimentos neopentecostais que, nos últimos anos, teriam se utilizado de mitos e preconceitos para “demonizar” e insuflar a perseguição a umbandistas e candomblecistas.¹²

Os entrevistados destacam que, pela primeira vez, a CCIR, criada em 2008, aliou os dados estaduais a números nacionais, informações de outros institutos e relatos de três diferentes pesquisas acadêmicas.¹³

Os dados do Disque 100, criado pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, apontam nada menos que 697 casos de intolerância religiosa entre 2011 e dezembro de 2015, sendo que a maioria desses casos foi registrada nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. No Estado do Rio, o Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos (CEPLIR), criado em 2012, registrou 1.014 casos entre julho de 2012 e agosto de 2015, sendo 71% contra adeptos de religiões de matrizes africanas, 7,7% contra evangélicos, 3,8% contra católicos, 3,8% contra judeus e sem religião e 3,8% de ataques contra a liberdade religiosa de forma geral.¹⁴

Dentre essas pesquisas, um estudo da PUC-Rio sugere que há subnotificação no tema. Foram ouvidas lideranças de 847 terreiros, que revelaram 430 relatos de intolerância, sendo que apenas 160 foram legalizados com notificação. Do total, somente 58 levaram a algum tipo de ação judicial.¹⁵

Para Francisco Rivas Neto, sacerdote e fundador da Faculdade de Teologia com Ênfase em Religiões Afro-Brasileiras (FTU), baseada em São Paulo e a única reconhecida pelo Ministério da Educação como formadora de bacharéis no tema, é impossível dissociar a intolerância do preconceito contra o africano, o escravo e o negro.¹⁶

6 <http://www.seppir.gov.br/21-de-janeiro-2013-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa>. Acesso em 27.3.2017

7 <http://www.brasil247.com/pt/247/favela247/175932/intoler%C3%A2ncia-religiosa-cresce-no-Brasil.htm>. Acesso em 16.06.2016.

8 <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1648607-a-cada-3-dias-governo-recebe-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa.shtml>. Acesso em 16.06.2016.

9 Idem.

10 http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm

11 Idem.

12 Idem.

13 Idem.

14 Idem.

15 Idem.

16 Idem.

“Os afro-brasileiros são discriminados, tratados com preconceito, para não dizer demonizados, por sermos de uma tradição africana/afrodescendente. Logo, estamos afirmando que o racismo é causa fundamental do preconceito ao candomblé e demais religiões afro-brasileiras”, afirma.¹⁷

Por outro lado, a pesquisadora Denise Pini Fonseca, historiadora, ex-professora da PUC-Rio e coautora do estudo que visitou os mais de 800 terreiros fluminenses, acredita que a origem da intolerância esteja muito mais conectada à crescente influência de alguns grupos neopentecostais no país.¹⁸

“É claro que o racismo tem influência, mas acredito que é muito mais forte o discurso de alguns movimentos neopentecostais que são na realidade um projeto teopolítico, que se apropria de símbolos muito poderosos para atingir seus interesses, e que elegeram as religiões de matrizes africanas como alvo”, diz.¹⁹

Por sua vez, João Luiz Carneiro, doutor em ciências da religião pela PUC-SP, especialista em teologia afro-brasileira pela FTU e autor do livro *Religiões Afro-brasileiras: Uma construção teológica* (Editora Vozes), defende que os dois fatores estariam completamente conectados: “A ligação entre esses dois fatores está muito bem resolvida na academia. As razões profundas na questão racial e o discurso neopentecostal, que reforça no imaginário popular que é o macumbeiro, o sujeito, o que faz o mal”, observa.²⁰

Para ele, é evidente que o processo histórico em que boa parte do que é produzido pelo negro brasileiro é desumanizado, desvalorizado ou considerado estranho, exótico, folclórico, e que a ascensão do discurso de alguns neopentecostais estimula a visão da religião africana como ligada ao culto ao demônio, diabo, satanás, rituais satânicos, macumba ou que fazem o mal.²¹

Em relação a casos de intolerância, Luiz Fernando Barros, de 52 anos, já experimentou diversos exemplos de intolerância ao longo dos 37 anos em que atua como religioso da umbanda.²²

“Já coloquei minha roupa branca religiosa no trabalho e vi que as pessoas queriam caçoar, fazer pouco dos meus valores espirituais. Temos filhos que frequentam escola pública e não podem usar as contas (colares religiosos). Já tive estátuas quebradas no meu templo, tentativas de invasão. Uma irmã nossa foi demitida de um hotel na Zona Sul do Rio quando a gerente descobriu que ela era de umbanda. Não foi o argumento oficial, mas ficou nítido para ela”, conta.²³

Ele foi um dos vários pais de santo que revelaram à BBC Brasil que se viu forçado a aumentar a segurança de seus terreiro após repetidas invasões. Um deles, Pai Costa, de 63 anos e há 45 atuando como líder religioso, já tinha sofrido três invasões na época e teve de gastar R\$ 4.500 em sistemas de vigilância.²⁴

Outro exemplo é o de Pai Márcio de Jangun, babalorixá, advogado e escritor iniciado há 36 anos no candomblé e com terreiro aberto há 15 anos. Ele diz que a intolerância pode ser sutil e parte do cotidiano, o que também configura discriminação e crime, apesar de não envolver violência física.²⁵

“Já me recusaram vender flores quando perceberam que seriam usadas em terreiro de candomblé. No transporte público, a pessoa se levanta por não querer ficar sentada do seu lado, se benze. É algo que infelizmente faz parte do cotidiano e que os praticantes de religiões africanas lidam todos os dias no Brasil”, afirma.²⁶

No relatório da CCIR há casos como a invasão e depredação do centro de umbanda “A Caminho da Paz”, no Cachambi, na Zona Norte do Rio, em fevereiro de 2015, assim como incêndios e destruição de estátuas no Distrito Federal.²⁷

Mais recentemente, no dia 16 de março de 2017, vândalos depredaram um Centro de Umbanda e Candomblé na cidade de São José do Rio Preto/SP, que funciona no local há 22 anos, quebrando oferendas e objetos utilizados nos rituais religiosos.²⁸

Diante desse quadro de violência e de intolerância aos seguidores das religiões de matriz africana, conclui-se que a situação continua praticamente a mesma de quatro séculos atrás, principalmente no caso do Candomblé, verdadeiro sistema politeísta de origem africana, constituindo-se numa forma de resistência histórica no Brasil, e que sobreviveu, com seu legado, mesmo não sendo permitido (no período colonial ou imperial) ou sofrendo perseguição pelas polícias ou elites políticas durante o período republicano, a partir do século XIX.²⁹

17 Idem.

18 Idem.

19 Idem.

20 Idem.

21 Idem.

22 Idem.

23 Idem.

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

27 Idem.

28 <http://www.diariodareligiao.com.br/cidades/vandalos-depredam-centro-de-candomblé>. Acesso em 27.3.2017.

29 (in Yá Mukumby: a vida de Vilma Santos de Oliviera/Fábio Lanza... [et al.], Londrina: UEL, 2010, Coleção Presença Negra em Londrina, pág. 25).

Como ensina Maria Nilza da Silva³⁰, “a religião é um dos instrumentos que o negro utiliza para sentir-se melhor aceito na sociedade brasileira, sobretudo nos espaços dos terreiros de candomblés e umbanda. Esses espaços são de resistência, mas também locais em que o negro pode sentir-se prestigiado”. Para a autora, esses espaços dos terreiros sempre foram perseguidos ao longo da história, o que explica o estigma que os envolvem perante a sociedade.

Para Fabiana Moraes³¹, apesar dos avanços em relação aos povos de terreiros, há uma contínua produção de velhos preconceitos que expõem os praticantes à violência verbal e física – e institucional.

Segundo ela, dois exemplos dessa intolerância aconteceram em Pernambuco no ano de 2012: o assassinato de uma criança em Brejo da Madre de Deus (agreste) motivou ataques a terreiros, num total de sete, e outro em Olinda, no Bairro do Varadouro.

Os primeiros aconteceram em julho daquele ano, logo após o crime, ocasião em que moradores do Bairro de São Domingos invadiram e destruíram sete terreiros de umbanda e um centro espírita. Não fosse a intervenção policial, o último local teria sido incendiado. Dias depois, o terreiro de Pai Jairo de Iemanjá Sabá, em Olinda, recebeu dezenas de evangélicos portando faixas evocando o nome de Deus e repudiando as atividades do terreiro.

De acordo com Fabiana, “o fato é que estes locais são ainda confundidos como espaços onde ocorre “magia negra” (um termo que pode perigosamente abarcar tudo aquilo que simplesmente foge à nossa compreensão) e sacrifícios humanos, uma “confusão” muitas vezes instrumentalizada no sentido de deslegitimar as religiões de base africana e torná-las menos simpáticas aos olhos do outro”³².

Para Maria Bernadete Figueiroa, Coordenadora do GT Racismo do Ministério Público Estadual de Pernambuco³³, o combate ao preconceito em relação às casas de matriz africana é uma constante. “É um assunto de enorme complexidade, já que envolve práticas seculares que muitas vezes são vistas simplesmente como anacrônicas, e não como algo que diz respeito à cultura de um povo, de um grupo”.

4. PREVISÕES LEGAIS ESPECÍFICAS SOBRE LAICIDADE DO ESTADO E DIREITOS DE POVOS DE TERREIRO

As intervenções ministeriais pela busca da garantia do direito de crença, e de não crença, são fundamentadas pelo disposto na Constituição da República, em seus arts. 127, 129, III (atribuições ministeriais já mencionadas) e também enquanto guardião de alguns princípios constitucionais a seguir elencados.

Isonomia significa igualdade de todos perante a lei. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O princípio da isonomia “impõe ao legislador e à Administração Pública o dever de dispensar tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalentes”³⁴. O dever estatal de tratamento isonômico, como advertiu o Supremo Tribunal Federal, proíbe que o Estado “assuma determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios” (Ag. Reg. Suspensão de Tutela Antecipada 389/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009). Tendo como prisma o princípio da isonomia, “não devem ser excluídas de representatividade no Estado todas as outras etnias e minorias religiosas, cuja relevância pode ser substancial para todo indivíduo que delas fazem parte”³⁵. A neutralidade do espaço público, transfigurada na não-predileção por crenças religiosas, é a única possibilidade de trato isonômico aos diversos grupos religiosos que compõem a sociedade. Cabe ao Estado o dever de assegurar e proteger todas as manifestações religiosas, sem que realize uma opção qualquer delas.

A Constituição Brasileira apresenta o caráter Laico do Brasil no artigo 19, I, ao descaracterizar o caráter Teocrático, já que não permite a subvenção, a aliança ou a dependência, via de regra, do Brasil com qualquer instituição religiosa. Adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, a laicidade é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus

30 (in Nem para todos é a cidade: segregação urbana e racial em São Paulo, 1ª. Edição – Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2006, pág. 187)

31 “No país do racismo institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE”, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2013)

32 (idem)

33 (idem)

34 (MAZZA, 2013, p. 198).

35 NUTO, João Vianney Cavalcanti e ALCÂNTARA, Pedro Ivo Souza de. O uso de Símbolos Religioso em Repartições Públicas: uma Análise Histórica sobre o Alcance da Laicidade. Disponível em: http://www.cnpm.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO_LAICO_volume_1_web.PDF

processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros etc. Mas, do outro lado, pode-se dizer que a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária³⁶.

Nesta perspectiva, a laicidade estatal não pode ser confundida com o laicismo, que envolve uma certa animosidade contra a expressão pública da religiosidade por indivíduos e grupos, e que busca valer-se do Direito para diminuir a importância da religião na esfera social³⁷. O laicismo, diferentemente da laicidade, não envolve neutralidade, mas hostilidade diante da religião, e tende a resvalar para posições autoritárias, de restrição a liberdades religiosas individuais.

No que tange ao dever de neutralidade, destaca-se que, *“não está em discussão a conduta de qualquer indivíduo, mas sim a postura que deve ser assumida pelo Estado em matéria religiosa – que só pode ser de neutralidade, tendo em vista o princípio constitucional da laicidade”*³⁸

A liberdade de crença também possui no Brasil status constitucional, conforme se vê do art. 5º, VI, da Constituição Federal, in verbis: *“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”*

Trata-se de liberdade pública, que se estabelece num aspecto positivo, assegurando que o indivíduo possa escolher a própria religião e noutro negativo, consubstanciado no direito de não escolher religião nenhuma (v.g., agnósticos e ateus)³⁹.

Não por outro motivo, o censo demográfico realizado em 2010, pelo IBGE, apontou a seguinte diversidade religiosa no Brasil: 64,6% dos brasileiros (cerca de 123 milhões) declaram-se católicos; 22,2% (cerca de 42,3 milhões) declaram-se protestantes (evangélicos tradicionais, pentecostais e neopentecostais); 8,0% (cerca de 15,3 milhões) declaram-se irreligiosos: ateus, agnósticos, ou deístas; 2,0% (cerca de 3,8 milhões) declaram-se espíritas; 0,7% (1,4 milhão) declaram-se as testemunhas de Jeová; 0,3% (588 mil) declaram-se seguidores do animismo afro-brasileiro como o Candomblé, o Tambor-de-mina, além da Umbanda; 1,6% (3,1 milhões) declaram-se seguidores de outras religiões, tais como: os budistas (243 mil), os judeus (107 mil), os messiânicos (103 mil), os esotéricos (74 mil), os espiritualistas (62 mil), os islâmicos (35 mil) e os hoasqueiros (35 mil).

Para se contemplar todos os credos, em um contexto de pluralismo religioso, como o brasileiro, diz-se que todo litígio que envolve o princípio liberdade de crença *“não deve ser resolvido segundo o princípio majoritário na medida em que o direito fundamental à liberdade de crença visa a proteção, de maneira especial, das minorias”*⁴⁰.

No âmbito do Direito Internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Brasil em 12/12/91, ratificado em 24/01/92 e promulgado em 06/07/92, veda, em seu artigo 2º, primeiro parágrafo, a discriminação por motivo de religião. Mais adiante, no art. 18, preceitua:

ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

No dia 27 de dezembro de 2007 foi sancionada a Lei nº 11.635, a qual prevê o dia 21 de Janeiro com o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. A data rememora o dia do falecimento da Iyalorixá Mãe Gilda, do terreiro Axé Abassá de Ogum (BA), vítima de intolerância por ser praticante de religião de matriz africana. A sacerdotisa foi acusada de charlatanismo, sua casa foi atacada e pessoas da comunidade foram agredidas. Ela faleceu no dia 21 de janeiro 2000, vítima de infarto.⁴¹

Finalmente, a já citada Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), buscando proteger cultos religiosos de matriz africana, previu, em seus arts. 24 e 26:

36 SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Maio de 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em: 09/11/2015.

37 LOREA, Roberto Arriada. Em Defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

38 SARMENTO, idem, ibidem, p. 11.

39 BULOS, Uadi Lammêgo; Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, P. 433.

40 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico/2>. Acesso em: 11 nov. 2015.

41 <http://www.seppir.gov.br/21-de-janeiro-2013-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa>. Acesso em 27.3.2017.

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins; II - a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões; III - a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas; IV - a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica; V - a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana; VI - a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões; VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões; VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

(...)

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas; II - inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas; III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público.

Desse modo, o Ministério Público, também enquanto Estado, deve se pautar pelo respeito e garantia da laicidade, da liberdade de crença e especialmente da proteção aos povos de terreiros.

5. CASOS CONCRETOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO PARANÁ

Na noite do dia 3 de agosto de 2013, na cidade de Londrina/PR, ocorreu uma tragédia que abalou não somente essa cidade, mas todo o Brasil. A pessoa de Diego Ramos Quirino invadiu a casa onde moravam Vilma Santos de Oliveira (63 anos), Olívia Santos de Oliveira (10 anos) e Allial de Oliveira dos Santos (86 anos), e, demonstrando brutalidade incomum, desferiu-lhes vários golpes de faca, matando-as. Na denúncia oferecida pelo Ministério Público, ficou consignado que o assassino cometeu os homicídios por motivo torpe, impelido por fanatismo religioso cristão e intolerância relativamente a crenças diferentes, uma vez que as vítimas eram notórias adeptas do Candomblé, sendo que a primeira (Yá Mukumby⁴²) destacava-se por sua ativa e engajada militância nas lutas pela promoção da igualdade racial e da tolerância religiosa, dentre outras causas de nobre e vultosa importância^{43,44}.

O referido GT de Combate ao Racismo, juntamente com a Câmara de Vereadores de Londrina, promoveu, no dia 22 de novembro de 2014, Audiência Pública para discutir o “Genocídio da Juventude Negra”, na qual foram discutidas todas as formas de violência sofrida pelos jovens negros da cidade, que vem aumentando a cada ano, principalmente nas periferias.

Também em Londrina, o Grupo de Trabalho de Combate ao Racismo, sob a coordenação da Promotoria de Justiça dos Direitos Humanos, no dia 26 de novembro de 2015, realizou reunião histórica com 72 (setenta e duas) pessoas, com destaque para a presença de vários representantes de terreiros e do Delegado Chefe da Polícia Civil e representante da Guarda Municipal, ocasião em que os religiosos puderam expressar a violência, inclusive a institucional, sofrida pelos praticantes das religiões de

42 Yá: Mãe de Santo (ou como ela gostava de ser chamada: Zeladora de Santo); Mukumby: nome único dado a uma pessoa que incorpora o Orixá Ogum. Ela estava no Candomblé há 49 anos, incorporava o Orixá Ogum (Deus do Ferro e do Caminho) e foi assassinada no seu Terreiro.

43 O réu, entretanto, foi absolvido de forma imprópria, já que, à época dos fatos, exame psiquiátrico e psicológico concluiu que o mesmo era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta; sendo-lhe aplicada medida de segurança, consistente em internação no Manicômio Judiciário do Estado, onde permanece.

44 Ressalte-se que, na fase de elaboração do inquérito policial sobre esses homicídios, o Grupo de Trabalho (GT) de Combate ao Racismo de Londrina, sob coordenação do Ministério Público e do qual fazem parte representantes do movimento negro, das universidades e da sociedade civil, convidou o então Promotor de Justiça que atuava junto à 1ª Vara Criminal da Comarca e responsável por atuar nos casos de crimes dolosos contra a vida, para uma reunião, na qual lhe foram repassadas informações sobre Dona Vilma Santos de Oliveira e sua importância para o movimento negro e as religiões de matriz africana. Esse contato com o movimento negro foi fundamental para que o Promotor de Justiça incluísse na peça acusatória a questão da intolerância religiosa que havia motivado a prática desses brutais homicídios contra Dona Vilma e seus familiares.

base africana. No encontro, o representante da Associação de Ogãs de Londrina⁴⁵ mencionou algumas situações envolvendo os praticantes dessas religiões, como assassinatos, intolerância e racismo, somente pelo fato das vítimas seguirem uma religião diferente da maioria da população, e sustentou que a violência e negligência por parte da polícia é generalizada e que há muitas casas procurando ajuda, devido a uma série de ameaças. Além disso, abordou a questão educacional, no que tange ao despreparo das escolas para o atendimento e recebimento de pessoas de religiões de base africana. Os representantes da Polícia Civil e da Guarda Municipal se comprometeram a adotar providências no sentido de capacitar melhor seus agentes nas questões étnico-raciais⁴⁶

No ano de 2013, O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, na área de Direitos Constitucionais, através do seu Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial – NUPIER instaurou Procedimento Administrativo, para acompanhamento e monitoramento de provável caso de Injúria Racial e/ou Racismo, em que foi vítima a Senhora I. Na ocasião, um abaixo-assinado, elaborado e assinado por um grupo de moradores vizinhos, continha termos de injúria racial, bem como de intolerância religiosa, além de solicitar a retirada da Sra. I. da sua própria residência pelo motivo que é seguidora de religião de matriz africana.

Em 11 de setembro de 2013, a Sra. I. confeccionou Boletim de Ocorrência, no qual está capitulada como natureza do crime “calúnia” e “difamação”, tendo sido gerado, em decorrência, o Termo Circunstanciado e encaminhado ao Juizado Especial Criminal de Curitiba. Trata-se de exemplo evidente do racismo institucional que se manifesta pelo fenômeno do erro de capitulação e consequente subnotificação. Ainda que motivado pelo preconceito religioso, o crime foi considerado comum e não especializado (crime racial). A partir de intervenção do Ministério Público, o 4º Juizado Especial Criminal da Capital entendeu pela declinação de competência para processar e julgar o com remessa dos autos à Promotoria de Justiça Criminal e, posterior encaminhamento à Corregedoria Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, para instauração de Inquérito Policial pelo crime corretamente capitulado.

Em 07 de outubro de 2015, o referido núcleo também realizou atendimento de uma adolescente que, no **dia 31 de agosto de 2015, dentro da sala de aula da sexta série A, de uma Escola Estadual de Curitiba, sofreu agressão física em virtude de discussão anterior com uma outra aluna que dizia que a vítima deveria ter vergonha por cultivar o candomblé, uma coisa do diabo. Ressalte-se que houve muita dificuldade por parte da genitora da adolescente de registrar ocorrência de crime de preconceito, razão pela qual houve instauração de Notícia de Fato, encaminhada à 1ª Promotoria do Adolescente em Conflito com a Lei para instauração de Inquérito Policial.**

Em 19 de abril de 2016, o referido Núcleo recebeu solicitação de atendimento para suposta vítima de preconceito que se viu impedida de alugar um barracão, após declinar à imobiliária que o objetivo da locação seria para um Terreiro de Umbanda, instituição religiosa. Tendo em vista a possível ocorrência de crime previsto no art. 5º da Lei 7716/89, o CAOP instaurou a Notícia de Fato e encaminhou às **Promotorias de Justiça Junto às Varas Criminais para instauração de Inquérito Policial, para apuração de crime especializado.**

Em 1º de abril de 2016, J.R.M. compareceu ao Centro de Apoio Operacional, especialmente no NUPIER, para prestar termo de declaração sobre a ocorrência de suposto crime de preconceito religioso, ocorrido na data de 26 de março de 2016, em relação à sua pessoa e ao terreiro, em que é babalorixá. Relatou que durante um ritual religioso, sofreu ameaça de morte e lesão corporal por parte de vizinhos, por não concordar com a retirada de oferenda colocada na esquina da rua em que está localizado o Terreiro. Na sequência, cerca de 30 (trinta) homens foram ao local com pedaços de pau, tijolos e quebraram o seu carro que afirmando que se tratava de “AC” se referindo a anticristo e “coisa do demônio, nunca mais vão tocar saravá aqui, nós vamos matar vocês”. Nesse episódio, vários Filhos de Santo do Terreiro sofreram lesões corporais sérias e precisaram ser atendidos no hospital, sendo até hoje constantes as ameaças de morte por parte da vizinhança.

Apesar de nítida motivação preconceituosa, em 28 de março de 2016, J. confeccionou o Boletim de Ocorrência, junto à Delegacia de Polícia, no qual está capitulada como natureza do crime apenas “lesão corporal – constatada - crimes contra a pessoa”. Por esse motivo, mais uma vez, o Ministério Público Estadual teve de instaurar procedimento para acompanhamento e monitoramento dos fatos, de forma a adequar a tipicidade do crime erroneamente registrado.

Além de intervenções especializadas na seara criminal em tais casos emblemáticos⁴⁷, o Ministério Público do Estado participa das discussões do Conselho Estadual de Promoção da Igualdade Racial do Estado do Paraná, criado pela Lei 17.726/2013, onde se deliberam políticas públicas de promoção de direitos de povos de terreiros.

45 Organização dos homens do Candomblé; os órgãos de várias casas de Candomblé e Umbanda que se reúnem para decidir alguns pontos relacionados à religião.

46 O GT de Combate ao Racismo de Londrina vem participando da formação dos novos policiais militares e guardas municipais, proferindo palestras nesses cursos, com ênfase nos malefícios do racismo institucional.

47 Os quais não são, por óbvio, os únicos atendidos pelo MPPR para fins de apuração de intolerância religiosa, sendo que, a partir de pesquisa realizada no ano de 2014 pelo NUPIER, mais de metade dos registros de ocorrência policiais nessa temática apresentavam-se incorretos tecnicamente e encaminhados ao Juizado Especial Criminal, razão pela qual, houve elaboração de notas técnicas pelas Corregedorias das Polícias Civil e Militar, bem como do próprio Ministério Público no sentido de correção de tal problemática. O resultado do trabalho foi um aumento de mais de 500 por cento de notificações envolvendo crimes raciais no Estado nos anos seguintes. <https://www.bemparana.com.br/noticia/413714/denuncias-de-racismo-no-parana-crescem-511-em-dois-anos>.

Finalmente, todas as promotorias de justiça com atribuições nas áreas de educação e/ou direitos humanos do Estado do Paraná devem fiscalizar a concreta aplicação da Lei Federal nº 10.639/2003, a qual prevê, no currículo oficial da Rede de Ensino (fundamental e médio), a obrigatoriedade do estudo da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, sendo essa política pública essencial para que, a partir da educação, seja desconstruído o preconceito que afeta as religiões de matriz africana.

6. CONCLUSÕES

As constantes violações de direitos de povos de terreiros estão diretamente relacionadas às práticas racistas que afetam de forma inquestionável a população negra, representante de mais da metade da população brasileira atual.

A legislação nacional e internacional preveem que uma das missões do Ministério Público é o enfrentamento ao racismo e a fiscalização de políticas públicas que, efetivamente, promovam uma igualdade étnico-racial ainda bastante distante da realidade de nosso país. Ainda, os órgãos ministeriais devem se pautar pelos princípios de laicidade do Estado e liberdade de crença da população, garantindo, assim, que, nos serviços públicos, não exista supremacia ou privilégio de uma religião sobre outra.

Pesquisas demonstram que as religiões de base africana são alvo de crimes que envolvem violência verbal e física em índices completamente desproporcionais a eventuais discriminações contra demais religiões cultuadas no Brasil. Nesse sentido, o Ministério Público deve estar atento para priorizar a proteção aos povos de terreiro, os quais, muitas vezes, têm suas pretensões obstadas no Sistema de Justiça, a partir de manifestações do próprio racismo institucional.

Casos concretos ocorridos no Paraná, nos últimos anos, demonstram que há dificuldade de correto registro e adequada investigação de crimes de preconceito, quando as vítimas são adeptas de religiões afro-brasileiras. Ainda, a lei 10.639/2003 e outras políticas públicas de promoção da igualdade étnico-racial não vêm sendo devidamente implementadas, o que demanda a fiscalização e consequenteajuizamento de ação pelo Ministério Público do Estado para a cobrança de tais mudanças na realidade.

ALTERAÇÃO NO PENÚLTIMO PARÁGRAFO DA CONCLUSÃO:

O Ministério Público brasileiro deve articular ações destinadas à promoção e defesa de direitos dos povos de terreiro, bem como adequada divulgação das problemáticas que demandam solução especializada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo; Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, P. 433.

LANZA, Fábio e outros. Yá Mukumby: a vida de Vilma Santos de Oliveira. Londrina: UEL, 2010, Coleção Presença Negra em Londrina.

LOREA, Roberto Arriada. Em Defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Fabiana. No país do racismo institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2013.

NUITO, João Vianney Cavalcanti e ALCÂNTARA, Pedro Ivo Souza de. O uso de Símbolos Religioso em Repartições Públicas: uma Análise Histórica sobre o Alcance da Laicidade. Disponível em: http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO_LAICO_volume_1_web.PDF

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Maio de 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em: 09/11/2015.

SILVA, Maria Nilza da. Nem para todos é a cidade: segregação urbana e racial em São Paulo, 1ª. Edição – Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2006.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico/2>. Acesso em: 11 nov. 2015.

*IMPACTOS DA ADI 2404 NA
POLÍTICA PÚBLICA DE CLASSIFICAÇÃO
INDICATIVA E SEUS REFLEXOS NA
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹*

MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça titular da Segunda Promotoria de Justiça de Paulo Afonso/BA. Professor do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (Paulo Afonso/BA). Aluno do Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (Aracaju/SE). Membro do Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência (Proinfância) e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA/ABMP).

INTRODUÇÃO

Preocupação antiga e que tem crescido muito após a expansão tecnológica dos últimos trinta anos, o controle sobre aquilo que crianças e adolescentes consomem como entretenimento é um grande desafio para o Direito, enquanto instrumento social que busca determinar comportamentos por meio de coações legitimamente exercidas pelos órgãos estatais a partir de instrumentos normativos.

Extremamente complexa a modelagem de regras e de princípios que partam de uma adequada dosagem entre liberdade e restrição, apta a proteger as pessoas na fase de desenvolvimento mais intenso e importante de suas vidas, sem impedir o acesso a manifestações culturais de especial relevância para a formação de uma personalidade autônoma, preparada para os desafios da vida adulta, e capaz de adotar a postura reflexiva indispensável ao enfrentamento dos complexos problemas da modernidade.

Tal missão é atribuída, em primeiro lugar, à família, em decorrência da própria dicção do art. 227 da Constituição Federal (CF), que a ela impõe os deveres de assegurar, “com absoluta prioridade”, os direitos fundamentais à educação, à cultura, à liberdade, dentre outros, e de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Tais deveres também foram impostos por esse e por outros dispositivos constitucionais à sociedade e ao Estado.

Dificuldade superior à da regulação, é a da aplicação, com a tomada da correta decisão em cada caso concreto, acerca do enquadramento de determinado produto cultural como impróprio para crianças ou mesmo para adolescentes. Como sempre, surge a perplexidade quanto a critérios rigorosos de idade que não permitem, por exemplo, o ingresso de um adolescente com dezessete anos e onze meses, caso esteja desacompanhado e sem autorização³ dos pais ou de responsável, em uma sala de cinema cujo filme seja indicado unicamente para adultos, especialmente se tal pessoa já tiver casado e constituído família.

Quase impossível investigar, de forma empírica, a exata extensão dos danos ao desenvolvimento desse adolescente ou comprovar a própria existência destes, na hipótese de haver contato com filme recomendado apenas para adultos. Mas há sólida produção científica em países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos (Pozios; Kambam; Bender, 2013), referendada por instituições como o *National Institute of Mental Health*, atestando que a violência exibida pela mídia é um fator de risco para o incremento da violência real⁴ que, nos níveis atuais, já assombra.

Esse tipo de perplexidade, bastante comum no sistema de justiça, ocorre, por exemplo, quanto ao envio, no sentido jurídico, de pessoa no final da adolescência, que tenha praticado grave ilícito contra a vida, para o sistema de socioeducação ao invés de impor até décadas de privação de liberdade no sistema penitenciário. Trata-se de uma limitação inerente ao próprio Direito, enquanto produto cultural, pela condição daqueles que o produzem. Sem adentrar no debate sobre eventual reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na área infracional, cumpre observar que o sistema atual encontra-se em vigor e, melhor aplicar as suas regras do que não aplicar nenhuma, pois existe uma série de órgãos que consomem recursos públicos para concretizar, por meio de políticas públicas específicas, os comandos normativos atualmente em vigor. O mesmo raciocínio vale para a regulação de diversões e espetáculos públicos, também prevista expressamente na legislação brasileira.

A partir dessa problemática, por meio da análise de aspectos jurídicos da política atualmente em execução no país, diretamente impactada pela posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2404, que declarou inconstitucional parte do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, este trabalho aponta caminhos a serem trilhados pelo Ministério Público na tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, potenciais vítimas da “desregulação” que a Suprema Corte parece ter legitimado.

3 A Portaria nº 368/2014-MJ (DOU 12/2/2014), expedida pelo Ministro da Justiça, que será analisada durante todo este trabalho, regulamenta a classificação indicativa e estabelece, como prerrogativa inerente ao poder familiar, a possibilidade de os pais autorizarem o acesso a diversões e espetáculos públicos mesmo na hipótese de a classificação ser superior à idade dos filhos: “Art. 7º A classificação indicativa tem natureza pedagógica e informativa capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados. Parágrafo único. O poder familiar se exerce pela escolha de conteúdos, com possibilidade de: I - bloqueio de acesso a programas ou canais de televisão, quando aplicável; II - bloqueio de acesso a jogos eletrônicos e aplicativos, quando aplicável; e III - **autorização de acesso a diversões e espetáculos públicos, seja por meio do ingresso a salas de cinema, compra ou aluguel de vídeos e de jogos para uso doméstico**, ainda que a classificação indique faixa etária superior à da criança ou do adolescente. Art. 8º A prerrogativa dos pais e responsáveis em autorizar o acesso a obras classificadas para qualquer idade, exceto não recomendadas para menores de dezoito anos, não os desobriga de zelar pela integridade física, mental e moral de seus filhos, tutelados ou curatelados.” (Destaque acrescido) Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/legislacao/portaria-mj-368-14.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.

4 Segundo Ericson Scorsim, ao comentar o impacto de programas violentos sobre crianças e adolescentes, “o problema é que eles estão ainda em processo de constituição da personalidade, ocorrendo a aprendizagem mediante mecanismos psicológicos de imitação e identificação. Portanto, os personagens que aparecem nas cenas da televisão podem vir a ter impacto direto sobre o comportamento dos jovens” (Scorsim, 2009, p. 33).

5 Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena. multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência [...].

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Tomando por fundamento os arts. 20, XVI, e 220, § 3º, I e II, da CF, e as disposições do ECA⁶, da Lei nº 10.359/2001⁷ e da Lei nº 12.485/2011⁸, o Ministro da Justiça editou a Portaria nº 368/2014-MJ, publicada no Diário Oficial da União em 12/2/2014, por meio da qual regulamentou⁹ o processo de classificação indicativa, estabelecendo de forma absolutamente legítima os fundamentos que sustentam tal atividade estatal de indiscutível relevância.

O ato contém seis capítulos, dispondo sobre os fundamentos da política; as categorias e as formas de veiculação; o processo de classificação indicativa; a fiscalização e a garantia da proteção; os colaboradores voluntários e as disposições finais e transitórias. Trata-se de completa regulamentação, construída a partir de consultas populares e às entidades representativas das emissoras, respeitando os parâmetros constitucionais e legais fixados, fugindo do objeto deste trabalho examinar com profundidade cada um dos seus dispositivos.

Cumpra observar, quanto à efetividade da política pública, que ela vai além do que o seu nome revela, visto que não está restrita à competência material prevista no art. 21, XVI da CF, ligada à atividade técnica de realizar a análise de diversões públicas e da programação das emissoras de rádio e televisão para, a partir de critérios temáticos¹⁰, ligados especialmente a violência, sexo e drogas, explicitar, “para efeito indicativo”, a categoria a que se destina, ou seja, se é livre ou se não é recomendado para menores de dez, doze, quatorze, dezesseis ou dezoito anos¹¹.

A expressão “efeito indicativo”, constante de tal dispositivo constitucional, diz respeito à necessária informação que deve ser fornecida por todo aquele que oferece diversão pública ou veicula programação televisiva/radiofônica¹², seja nas emissoras abertas ou naquelas que oferecem o serviço de acesso condicionado, assim definido pelo art. 2º, VI, da Lei nº 12.485/2011: “complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes”.

A partir dessa informação, no desempenho dos deveres inerentes ao poder familiar, cabe aos pais ou aos responsáveis legais decidir sobre o acesso da criança ou do adolescente a determinado conteúdo que, de acordo com a classificação, estaria acima da faixa etária respectiva. Não poderia ser diferente, já que são tais pessoas que dispõem dos mais qualificados conhecimentos acerca do desenvolvimento do filho e poderão, inclusive, aproveitar o momento de contato com determinada diversão para esclarecer dúvidas que possam surgir ou estabelecer diálogo sobre temas ligados, por exemplo, a cuidados relacionados ao contágio de doenças venéreas ou prevenção da gravidez precoce.

O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe aos responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos o dever de “afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação” (art. 74, parágrafo único). Superou-se, portanto, a antiga sistemática do Código de Menores¹³, que fixava limites rígidos para ingresso de crianças em locais de diversões públicas e colocava a autoridade judiciária acima dos pais, conferindo aos juízes de menores competência para dispor, de acordo com o seu “prudente arbítrio”¹⁴, por meio de portarias, sobre questões que ele identificasse como necessárias à proteção dos menores.

A classificação indicativa assume, quanto a isso, importante função informativa, para que os pais decidam sobre os locais que pretendem frequentar na companhia dos filhos ou sobre aqueles que poderão acolhê-los desacompanhados, desde que portando a devida autorização. Evidente que tal decisão encontra limites, por exemplo, quanto ao acesso de crianças ou adolescentes a locais recomendados apenas para adultos. Nesse caso, diante de conteúdo com violência extrema ou forte apelo sexual, o exercício de eventual permissão, por parte dos pais, extrapolaria, em tese, as prerrogativas inerentes ao poder familiar.

6 Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

7 Art. 3º Competirá ao Poder Executivo, ouvidas as entidades representativas das emissoras especificadas no art. 1º, proceder à classificação indicativa dos programas de televisão. Parágrafo único. A classificação indicativa de que trata o caput abrangerá, obrigatoriamente, a identificação dos programas que contêm cenas de sexo ou violência.

8 Art. 11. Nenhum conteúdo veiculado por meio do Serviço de Acesso Condicionado será exibido sem aviso, antes de sua apresentação, de classificação informando a natureza do conteúdo e as faixas etárias a que não se recomende.

9 A competência regulamentar está expressamente prevista na Constituição Federal: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: [...] II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”

10 Art. 2º Para efeito desta Portaria, entende-se por: [...] IV - critérios temáticos: tipos de conteúdo considerados potencialmente prejudiciais ao desenvolvimento da criança e do adolescente, especialmente violência, sexo e drogas. (Portaria nº 368/2014-MJ)

11 Art. 9º As obras de que trata esta Portaria são classificadas nas seguintes categorias: I - livre; II - não recomendado para menores de dez anos; III - não recomendado para menores de doze anos; IV - não recomendado para menores de catorze anos; V - não recomendado para menores de dezesseis anos; e VI - não recomendado para menores de dezoito anos.

12 Embora expressamente prevista no art. 220, § 3º, II, da CF, a classificação indicativa das programações de rádio não foi regulamentada pela Portaria nº 368/2014-MJ, que se restringiu a determinar a criação de um grupo de trabalho: “Art. 53. A Secretaria Nacional de Justiça deverá criar um grupo de trabalho para debater a regulação da classificação indicativa de programas de rádio no prazo de trezentos e sessenta dias a contar da publicação desta Portaria.”

13 Art. 50. É proibida a menor de dez anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, a entrada em salas de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, de rádio, televisão e congêneres. § 1º Nenhum menor de dez anos poderá permanecer em local referido neste artigo depois das vinte e duas horas. § 2º Tratando-se de espetáculo instrutivo ou recreativo, a autoridade judiciária poderá alterar os limites e as condições fixadas neste artigo.

14 Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Constam da publicação técnica editada pelo Ministério da Justiça (Brasil, 2012), prevista no art. 12, parágrafo único, da Portaria nº 368/2014-MJ, diversos parâmetros para fixação da classificação etária de determinado conteúdo, inclusive aqueles que levam à não recomendação para menores de 18 anos, a exemplo de obras cinematográficas que abordem pedofilia, sexo explícito, apologia ao uso de drogas ilícitas, dentre outros¹⁵.

Mesmo diante da notória lesividade de conteúdos como os acima elencados, até para adultos, afirma-se “em tese” porque uma das principais marcas da política pública de classificação indicativa é a atuação, no campo repressivo, do Poder Judiciário, por meio das varas da infância e da juventude, que detém competência para processar e julgar os feitos relativos à prática das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais figuram a conduta de não afixar informação sobre a classificação indicativa (art. 252 do ECA), de deixar de observar as restrições do acesso de crianças e adolescentes a locais de diversão (art. 258 do ECA) ou de admitir criança ou adolescente em filme ou peça inadequados à respectiva idade (art. 255 do ECA).

Tome-se o exemplo de um cinema que exhibe filme classificado como inadequado para menores de 16 anos e permite que um adolescente de 15 anos ingresse na sala, vindo ele a ser flagrado por um dos agentes de proteção da vara da infância e juventude, por membro do conselho tutelar ou por qualquer cidadão que constate a situação e comunique o fato para que o Ministério Público ajuíze representação. Nesse caso, incidiria o art. 255 do ECA e o juiz da infância poderia aplicar multa de até cem salários de referência ao cinema. Cumpre observar que, de acordo com o art. 8º da Portaria nº 368/2014-MJ¹⁶, que espelha o poder/dever previsto no art. 1.634 do Código Civil¹⁷, devidamente autorizado por um dos pais, tal adolescente poderia adentrar à sala de exibição e nenhuma sanção seria imposta à empresa.

A mesma situação, caso envolvesse filme recomendado para maiores de 18 anos, no qual o cinema tivesse permitido a entrada de adolescente de 17 anos e 11 meses, que fez uso de identidade estudantil falsificada, constando a idade de 18 anos, muito provavelmente não levaria à imposição de multa no âmbito judicial. Embora presente na norma sancionadora o critério etário, evidentemente objetivo, a imposição das rígidas sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente passa pelo crivo jurisdicional para que situações limítrofes como essa recebam adequada análise, garantindo-se o exercício da ampla defesa, inclusive por meio da designação de audiência de instrução, conforme previsão do art. 197 do ECA¹⁸.

Possível concluir, portanto, que a política pública vai além da simples “indicação” das faixas etárias a que diversões e espetáculos não se recomendam, tratando-se de verdadeira regulação de atividades marcadas atualmente pela complexidade e variedade, pois abrange as obras destinadas à televisão, ao cinema e ao mercado de vídeo doméstico, os jogos eletrônicos e aplicativos, os jogos de interpretação de personagens, desenvolvidas muitas vezes por conglomerados financeiros internacionais com grande poder econômico.

Embora não estejam sujeitas à classificação indicativa prévia pelo Ministério da Justiça, conforme previsão do art. 4º da Portaria nº 368/2014-MJ¹⁹, as exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows

15 A.6.1. VIOLÊNCIA DE FORTE IMPACTO - Cenas de violência de forte impacto imagético. EXEMPLO: Pessoa sendo carbonizada.

A.6.2. ELOGIO, GLAMOURIZAÇÃO E/OU APOLOGIA À VIOLÊNCIA - Cenas que, por diálogos, imagens e contexto, enalteçam e incentivem a prática de violência. Também quando a violência é retratada como se fosse “bonita”, “interessante”, “positiva”, valorizando o ato violento e/ou os agressores. EXEMPLO: Diálogos com frases como “matar alguém é o sentimento mais prazeroso que um ser humano pode sentir”; jogos que oferecem recompensas por formas criativas de matar o oponente.

A.6.3. CRUELDADE - Cena realista de violência, de forma sádica, que produza intensos padecimentos físicos. EXEMPLO: Homem quer se vingar de outro e o pendura em uma árvore e arranca todos seus dedos e dentes antes de matá-lo.

A.6.4. CRIMES DE ÓDIO - Diálogos, imagens ou contextos que apresentem ataques físicos ou verbais motivados por ódio discriminatório por conta de preconceito de gênero ou identidade de gênero, raça ou etnia, religião ou credo, orientação sexual, pertencimento geográfico, idade, condição física ou social, traços e outras situações em que indivíduos pertençam a grupo. EXEMPLO: Grupo antisemita encontra judeu na rua e lhe agride sem qualquer outra motivação que não o ódio por sua cultura /raça /religião.

A.6.5. PEDOFILIA - Violência sexual contra vulnerável (menores de até 14 anos). EXEMPLO: Adulto pratica sexo com criança de 11 anos, independentemente do seu consentimento. [...]

B.6.1. SEXO EXPLÍCITO - Apresentação de relação sexual explícita, de qualquer natureza, inclusive masturbação, com reações realistas dos personagens participantes do ato sexual, com visualização dos órgãos sexuais. Não ocorre necessariamente em obras pornográficas. EXEMPLO: Mulher abre as calças de homem, acaricia seu pênis e o introduz em sua vagina.

B.6.2. SITUAÇÕES SEXUAIS COMPLEXAS / DE FORTE IMPACTO - Sexo com incesto (apresentação de cenas de sexo ou relações erótico-afetivas entre parentes de primeiro grau ou correlatos, como pai, mãe, irmão, padrasto, enteado etc.), sexo grupal, fetiches violentos e pornografia em geral. EXEMPLO: Casal que participa de sadomasoquismo. [...]

C.6.1. APOLOGIA AO USO DE DROGAS ILÍCITAS - Imagens, diálogos ou contextos em que se estimule ou enalteça o consumo de qualquer droga ilícita. EXEMPLO: Homem discursa sobre os benefícios da cocaína.

16 Art. 8º A prerrogativa dos pais e responsáveis em autorizar o acesso a obras classificadas para qualquer idade, exceto não recomendadas para menores de dezoito anos, não os desobriga de zelar pela integridade física, mental e moral de seus filhos, tutelados ou curatelados.

17 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]

18 Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

19 Art. 4º Não se sujeitam à classificação indicativa pelo Ministério da Justiça: I - exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais; II - competições esportivas; III - programas e propagandas eleitorais; IV - propagandas e publicidades em geral; e V - programas jornalísticos. § 1º O responsável legal pelas exposições ou apresentações ao vivo abertas ao público mencionadas no inciso I deverá informar a classificação indicativa nos termos do art. 11, respeitada a autorização expedida pelo órgão competente.

musicais; as competições esportivas; os programas e propagandas eleitorais; as propagandas e publicidades em geral; e os programas jornalísticos, devem ser classificadas pelos seus promotores, para fins de cumprimento das normas de prevenção geral previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que incluem o dever de conferir ampla divulgação, nas peças publicitárias, bilheterias e portarias, dessa classificação, a qual pode ser objeto de aferição pela Secretaria Nacional de Justiça, uma vez provocada por qualquer legitimado, para elaboração de parecer a ser dirigido “aos órgãos competentes em relação às obras e exposições não sujeitas à classificação indicativa, a fim de que sejam averiguadas eventuais irregularidades ou abusos relacionados à violência, sexo ou drogas” (art. 4º, § 2º, da Portaria nº 368/2014-MJ).

A partir da constatação de descompasso da classificação atribuída pelo próprio promotor do espetáculo com o conteúdo – peça teatral na qual são exibidas cenas de sexo explícito e sadomasoquista e com falas de apologia ao uso de drogas, recomendada para adolescentes a partir dos quatorze anos –, é possível aplicar sanções em razão da prática das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e buscar, por meio de ação civil pública, a condenação ao pagamento de dano moral coletivo, sem prejuízo do pagamento de indenização aos adolescentes presentes e vitimados pela exposição inadvertida a conteúdo prejudicial ao seu processo de formação.

Ponto de extrema importância e que está incluído na política pública de classificação indicativa é o controle dos horários em que a apresentação de atrações televisivas são inadequadas, considerando a faixa etária a que não se recomendam. Regulamentando o art. 220, § 3º, da CF e o art. 74 do ECA, a Portaria nº 368/2014-MJ estabeleceu²⁰ três faixas – aperfeiçoando-se, nesse ponto, a sistemática do revogado Código de Menores²¹ –, uma de proteção à criança, que vai das seis às vinte horas, outra de proteção ao adolescente, com restrições a partir das vinte horas, e a terceira faixa adulta, das vinte e três às seis horas, na qual ficou liberada a exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezoito anos.

Descumpridos tais parâmetros, incidiria o seguinte dispositivo do ECA: “Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo **em horário diverso do autorizado** ou sem aviso de sua classificação: Pena. multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”. (Destacado) Afirma-se que incidiria porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2404, declarou inconstitucional parte do dispositivo acima transcrito, sendo objeto de tópico específico deste trabalho a análise dessa equivocada decisão tomada pela Suprema Corte brasileira.

Ponto fundamental da política pública de classificação indicativa, a vinculação horária, embora objeto de críticas, é instrumento que viabiliza a tutela de milhões de crianças e adolescentes que ainda têm no aparelho de televisão, com acesso exclusivo aos canais de televisão aberta, a diversão predominante dentro dos lares localizados em comunidades carentes, nas quais as ruas são muitas vezes dominadas pelo crime organizado. Enquanto isso, famílias com maior capacidade econômica estão alheias a esse tipo de discussão, na medida em que têm à disposição modernos sistemas de bloqueios da programação, configurados de acordo com a idade dos filhos diretamente nos aparelhos receptores do Serviço de Acesso Condicionado.

Comentando o direito à crítica jornalística, incluída na garantia de liberdade de informação, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 672) sustenta que tal direito “representa uma nota essencial de uma sociedade democrática e madura”, explicitando que ele prevalece mesmo sobre direitos individuais da personalidade “quando verdadeira a informação e inevitável a sua transmissão”.

Emblemático, nessa linha, o art. 220, § 2º, do texto constitucional, ao vedar expressamente, como se isso fosse necessário, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Dentro do clima político que marcou a Constituinte, possível concluir que tal dispositivo deriva de uma pretensão frustrada, no sentido de que, ao restringir de forma absoluta a atuação do Estado em área tão sensível, o mercado jornalístico seria dominado por veículos de comunicação isentos, possuidores de linhas editoriais sérias, sem compromissos com grupos políticos ou empresariais que continuam e tendem a continuar, por muito tempo, ditando os rumos da nação com sua influência sobretudo econômica.

20 Art. 10. A classificação indicativa das obras audiovisuais destinadas à televisão aberta é vinculada ao horário do local de exibição, nos seguintes termos: I - faixa de proteção à criança: a) das seis às vinte horas: exibição de obras classificadas como livres ou não recomendadas para menores de dez anos; II - faixa de proteção ao adolescente: a) a partir das vinte horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de doze anos ou com classificação inferior; b) a partir das vinte e uma horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de catorze anos ou com classificação inferior; e c) a partir das vinte e duas horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezesseis anos ou com classificação inferior; e III - faixa adulta: a) de vinte e três às seis horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezoito anos ou com classificação inferior.

21 Além de estabelecer a vinculação horária, o Código de Menores também exigia que o aviso de classificação aparecesse tanto antes como durante as transmissões, apresentações ou exposições: “Art. 53. Será vedada a apresentação, em rádio e televisão, de espetáculos proibidos para menores de: I - dez anos, até as vinte horas; II - quatorze anos, até as vinte e duas horas; III - dezoito anos, em qualquer horário. Art. 54. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes e durante sua transmissão, apresentação ou exibição.” O ECA, por sua vez, exige unicamente o aviso antecedente: “Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.”

O que a Lei Maior prevê é uma cláusula de reserva jurisdicional nessa matéria, ante a garantia da inafastabilidade do controle (Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;), que viabiliza a adoção de posturas estatais sancionatórias ou mesmo inibitórias, conforme percepção do magistrado responsável pelo julgamento da casa²². Ou seja, ao Poder Executivo, como antes ocorria, foi vedado o exercício de poder de polícia quando está em jogo a liberdade de informação jornalística. Mas, ao Poder Judiciário, continua conferido o poder/dever de agir quando provocado.

É possível concluir, portanto, que a censura, entendida como atividade de órgãos ligados à estrutura administrativa do Poder Executivo direcionada a controlar e restringir o direito de crítica exercido por veículos de comunicação e o teor de manifestações políticas, culturais e artísticas, foi expressamente vedada pelo constituinte originário.

Mas a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que veda o exercício de atividade censora pelo Poder Executivo, conforme antes exposto, determina²³ que diversões e espetáculos públicos sejam regulados, atribuindo ao Poder Público dever de informação, além de prever a criação dos meios de defesa da família contra programações que contrariem os princípios que norteiam a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão²⁴.

Tal atividade, a ser exercida não só pelo Poder Executivo, mas também por ele, já que o art. 20, XVI, da Constituição Federal prescreve competir à União “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”, em nada se confunde com censura e consolidou-se no país como uma autêntica política pública de classificação indicativa, coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania²⁵, órgão singular da estrutura do Ministério da Justiça.

Dentro de uma lógica liberal, que prega o mínimo de intervenção estatal nas atividades econômicas, não haveria espaço para o controle daquilo que crianças e adolescentes consomem como entretenimento, na medida em que as famílias poderiam realizar tal filtragem e eventuais contatos com obras não recomendadas trariam consequências danosas de difícil ou impossível aferição pela ciência, ou seja, não existiria o consenso necessário à positivação de regras restritivas e sancionatórias.

Por trás dessa argumentação bem construída, esconde-se a necessidade de manter as bases do sistema econômico sustentado por uma intensa cultura consumista, atualmente em expansão, na qual grandes estruturas financeiras atuam em várias frentes, financiando desde a indústria de produção de conteúdo, como filmes, séries, novelas, jogos eletrônicos, até veículos de comunicação, seja rádio, televisão, jornal, revista, todos sócios de empreendimentos moldados dentro de uma lógica consumista e responsável pela obtenção de grandes lucros por meio da criação de climas artificiais de expectativa, por exemplo, pelo lançamento de filmes que renderão milhões de dólares apenas em bilheteria e permitirão a venda de produtos licenciados por vários anos, a partir de obras que contém muitos componentes de entretenimento e pouca carga cultural, a menos que se confunda a autêntica cultura – literatura clássica, música regional, teatro popular etc – com a propagação de ideias que garantam a perpetuação do consumismo.

Cabe ao Estado, ao menos em países dotados de uma constituição dirigente como a brasileira²⁶, que impõem uma forte atuação no sentido de corrigir desigualdades históricas e fixam objetivos audaciosos, como é o caso brasileiro, ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza (art. 3º, I e III, da CF). Regular a publicidade abusiva (art. 37, § 2º, do CDC), voltada a crianças e adolescentes, ou de produtos nocivos à saúde (Lei nº 9.294/1996), é uma forma de conter o ímpeto capitalista pelo lucro, mesmo a custo de vidas humanas, por meio de uma atuação mercadológica cínica que ignora de forma proposital as consequências danosas de determinadas iniciativas baseadas em uma liberdade de iniciativa irresponsável e descompromissada com seus deveres sociais.

22 O Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 4815, que fixou a desnecessidade de autorização de pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, sustentou da seguinte forma a possibilidade de restrição anterior à circulação: “eu fiquei muito confortado quando esta Corte, por meio de todos os votos, reafirma que, nesta matéria também, continua prevalecendo, continua válido um princípio absolutamente fundamental, que é aquele da inafastabilidade da jurisdição a que se refere o art. 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal. Eu entendo, com todo o respeito, que, **neste princípio, compreende-se, sim, o poder de cautela do juiz, sobretudo porque esse dispositivo faz menção à ameaça a lesão de direitos, portanto, o juiz deve ter instrumentos para impedir a mera ameaça a lesão de direitos.** É claro que - e isso o Ministro decano, Celso de Mello, observou muito bem -, neste conceito, não se compreende qualquer decisão teratológica, até porque existem instrumentos processuais hábeis para fazer cessar de plano, de pronto, qualquer decisão que fuja a esse padrão normal que é o poder geral de cautela do juiz” (ADI 4815, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 10/6/2015, DJe 29/1/2016, destacado).

23 CF, Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 3º Compete à lei federal: [...] I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

24 CF, Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

25 O Decreto nº 8.668/2016 (DOU 12/2/2016), ao aprovar a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça, assim dispõe: “Art. 9º À Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania compete: [...] V - coordenar, em parceria com os demais órgãos da administração pública federal, a formulação e a implementação das seguintes políticas: [...] d) política pública de classificação indicativa; [...]”.

26 Eros Grau (2006, p. 75-76), ao discorrer sobre a nova ordem econômica inaugurada pela Constituição de 1988 afirma o seguinte: “a nova ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado –, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, normas de ordem pública, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção. De outra, a nova ordem econômica (mundo do dever ser), no quanto se contém no nível constitucional, seu novo caráter retira precisamente da circunstância de estar integrada em Constituição diretiva ou dirigente”.

Outra forma é regular os espetáculos e diversões públicas, no âmbito dos quais se incluem os programas das emissoras de rádio e televisão que invadem os lares brasileiros, com o potencial de moldar comportamentos dos futuros adultos, à revelia de pais ausentes, que delegam ao aparelho televisor a função educacional dos filhos, seja para o exercício de uma cidadania responsável, com um agir determinado por sólida formação educacional e cultural, marcada pelo respeito a valores éticos e sociais²⁷, ou seja para um vazio existencial baseado na adoção de comportamentos sexuais marcados pela depravação e de uma postura de vazio existencial que se tenta preencher por meio de um consumo insano. Como apontado no tópico anterior deste trabalho, não se trata de censura, mas sim de iniciativa estatal exigida pela Constituição Federal, em seu art. 220, § 3º, II, que impõe a fixação dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 [...]”.

Pregar uma liberdade plena das emissoras de televisão aberta, quanto à possibilidade de veiculação de conteúdo inadequado para crianças e adolescentes em qualquer horário, é posição que se insere dentro de uma necessidade de atingir o maior número de pessoas, conforme preferências médias, nos horários em que estariam presentes tanto criança quanto adultos na frente do aparelho televisor. Nas estatísticas colhidas por tais emissoras, percebe-se que determinado conteúdo erótico de uma atração desperta a atenção da grande maioria dos adultos e, mesmo com a indicação de que ele não deve ser acessado por crianças, conforme normatização já apontada neste trabalho, surge a pretensão de veiculá-lo no início da noite, já que é um horário no qual mais pessoas estarão em condições de assistir à programação. Ou seja, a guerra pela audiência precisa ser travada e crianças tendo contato com conteúdos inadequados figuram como danos colaterais.

O questionamento que pode surgir, para reforçar a objeção das emissoras ao controle, diz respeito à legitimidade dos parâmetros e critérios de aferição da classificação etária, atualmente dispostos na Portaria nº 368/2014-MJ. Como antes exposto, trata-se de norma com sólida fundamentação jurídica, construída a partir de um processo democrático, por meio da qual foram definidos parâmetros técnicos vinculadores da atividade de classificação.

A partir do momento em que a Lei confere ao órgão competente do poder público a tarefa de regular “as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 74 do ECA), verifica-se uma acertada opção por estratégia normativa que viabiliza mais dinamismo e permite a influência de conhecimentos técnicos indispensáveis à regulação adequada da matéria, a exemplo do que ocorre, em matéria penal, com as listas de substâncias ou produtos que complementam os tipos penais da Lei de Drogas (art. 1º da Lei nº 11.343/2006).

Segundo Henrique Ribeiro Cardoso (2010, p. 22-23), “é pacífico na doutrina a possibilidade de emissão de normas por outros entes e órgãos da Administração, que não o chefe do Executivo, denominando-se tal atribuição de poder normativo”. Ele sustenta que esse poder “configura o exercício de competência para emissão de normas gerais e abstratas, vinculando, inclusive, particulares em relação com a Administração”.

Esse vasto campo de atuação é exercido pelo Estado, segundo parcela da doutrina²⁸, por meio de uma discricionariedade técnica, valendo-se Márcio Fernando Elias Rosa (2005, p. 181) das lições de Odete Medauar, que elaborou a seguinte tipificação do agir discricionário da Administração Pública: “Odete Medauar sintetiza as possibilidades de tipificação da atuação discricionária: “poder discricionário de iniciativa”, “poder discricionário de gestão interna”, discricionariedade tática” e “discricionariedade técnica”. A discricionariedade de iniciativa “expressa a competência para criar novos serviços, promover atividades públicas, adotar medidas de fomento e de assistência”. A discricionariedade de gestão interna, “que diz respeito a decisões cotidianas, direcionadas principalmente à estruturação dos órgãos, à ordenação dos serviços, aos procedimentos”. A discricionariedade tática, “para designar a margem de liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam”. A discricionariedade técnica, que permitiria a escolha da decisão segundo critérios técnicos ou científicos. Novamente, Odete Medauar afasta a dissociação com a legalidade e o faz com precisão ao nomeá-la “liberdade-vínculo”, liberdade onerosa, exercida a partir de dada atribuição legal. A competência, a forma, a finalidade do ato sempre resultam da norma, e sobre elas não pesa qualquer liberdade, do contrário, ter-se-ia arbítrio desmedido ao mero gestor do interesse público”.

Em obra de sua autoria, Odete Medauar (2004, p. 131, destaques acrescidos) afirma ser muito frequente, entre autores italianos, a referência a discricionariedade técnica, que “**não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados – técnicos ou científicos.** Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. Pode existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para os direitos, que

27 O art. 221 da Constituição Federal dispõe sobre os princípios que as emissoras de rádio e televisão atenderão na produção e na programação: “I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Possível reconhecer o absoluto estado de inconstitucionalidade permanente da programação de diversos canais de televisão aberta.

28 Comentando os princípios setoriais que disciplinam a atuação das agências reguladoras, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 665) assevera: “[...] assegurar sua autonomia funcional e a cabal satisfação de suas respectivas missões: [...] 1.º) autonomia política dos dirigentes[...]; 2.º) autonomia técnico-decisional, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo; 3.º) autonomia normativa [...]; 4.º) autonomia gerencial, orçamentária e financeira [...]”.

justificam escolha. Assim, **nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferentes desse poder.** Se houver só uma solução possível, como consequência da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado; regras técnicas uniformes remetem ao bloco vinculado”.

Embora seja importante reconhecer a existência de grande debate acadêmico acerca do correto enquadramento dessa atribuição estatal de decidir questões com base em aportes teóricos das mais diversas ciências (Nobre Júnior, 2016; Garcia, 2005; Cardoso, 2010), sejam exatas ou humanas, tomando por base a construção teórica inspirada na doutrina italiana, que indica a existência de margem legítima de atuação do Poder Executivo com base em fundamentação técnica, cumpre observar que os parâmetros bem delineados pela Portaria nº 368/2014-MJ viabilizam a tomada de decisões pela Secretaria Nacional de Justiça com sólida fundamentação jurídica, apta a afastar o controle jurisdicional, na linha do entendimento dominante²⁹, de que o mérito administrativo, somente em situações excepcionais, poderia ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Cientes da dificuldade de questionar posicionamentos técnicos qualificados, a estratégia das emissoras de televisão consistiu em atacar a própria estrutura jurídica da classificação indicativa, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2404, cujo julgamento foi concluído em 31/8/2016, declarando o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 do ECA.

O acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o seguinte trecho do voto do Min. Dias Toffoli, relator do processo, atesta o lastimável erro da Suprema Corte, ao confundir classificação indicativa com censura: “No meu sentir, a expressão impugnada incide, inegavelmente, nas definições acima citadas. Há, sim, censura prévia, já revelada na necessidade de submissão da programação de rádio e de televisão à autoridade administrativa, a qual, por sua vez, não apenas exercerá a classificação indicativa, no sentido de informar a faixa etária e os horários aos quais “não se recomend[a]” (conforme prevê a Constituição), mas de impor e condicionar, prima facie, a veiculação da programação no horário autorizado, sob pena de incorrer em ilícito administrativo. [...] O que não pode persistir, porém, é legislação que, a pretexto de defender valor constitucionalmente consagrado (proteção da criança e do adolescente), acabe por amesquinhar outro tão relevante quanto, como a liberdade de expressão. Não se pode admitir que o instrumento constitucionalmente legítimo da classificação indicativa seja, na prática, concretizado por meio de autorização estatal, mediante a qual se determina de forma cogente a conduta das emissoras no que diz respeito ao horário de sua programação, caracterizando-se como mecanismo de censura e de restrição à liberdade de expressão” (Brasil, 2016).

Usando as palavras do ilustre Ministro, “o que não pode persistir” é essa inaceitável apropriação de discursos ligados à tutela de direitos humanos para a perpetuação de um estado de coisas que, contrariamente às expectativas do constituinte originário, caminha na direção de um agravamento da situação de desigualdade social no país (Comparato, 2015). Aduzir que a vinculação horária é censura viabiliza a aniquilação de grande parte do conteúdo normativo da política, passando ela a ser uma mera figurante no cenário de (des)regulação atualmente existente, e não protagonista de uma defesa da família, por meio de um discurso que se traveste de suposta legitimidade, na medida em que fundamentado em alegada tutela do direito humano à liberdade de informação.

Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que os parâmetros constitucionais brasileiros “de classificação e restrição à exibição de programação adulta em horários mais acessíveis às crianças não destoam do adotado em outros países democráticos como Canadá, França, Reino Unido e Estados Unidos”. Também chama a atenção para a equivocada estratégia argumentativa adotada pelo Relator e pela maioria dos ministros do Supremo ao declarar a inconstitucionalidade da norma antes referida, afirmando que “esse artifício tem sido usado de forma recorrente nas discussões sobre as conflituosas relações entre o Estado e os meios de comunicação de massa. A palavra “censura” é repetidamente empregada como uma arma de efeito silenciador do próprio debate sobre o tema. Quando qualquer intervenção estatal no domínio da comunicação está em questão, seus oponentes empenham-se em rotulá-la como censura. Ao contaminar o debate com um termo pejorativo, repellido por quem tem apreço pela democracia liberal – e, mais importante, repudiado pela Constituição –, neutraliza-se a tese antagônica, que passa a ser rotulada como retrógrada e autoritária. Estigmatiza-se o argumento adversário, impedindo, ainda no ponto de partida, o avanço da discussão” (Pereira, 2013, p. 182).

Decisões como a tomada pelo Supremo Tribunal Federal, refletem comportamento que bem ilustra o uso desvirtuado dos direitos humanos denunciado por Costas Douzinas³⁰, e cria uma grande dificuldade para o enfrentamento da programação

29 A título ilustrativo, citam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: [...] o requerente serve-se da expedida via do mandamus para efetivar sua inscrição no concurso nacional de remoção 2015 [...] não há previsão no edital da remoção pleiteada pelo Impetrante, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar a seara da discricionariedade técnica da Administração [...] as regras para a remoção foram elaborados segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. 6. Portanto, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. [...] (STJ, AgRg no MS 22.190/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/10/2016, DJe 18/10/2016) [...] o requerente serve-se da expedida via do mandamus para efetivar sua inscrição no concurso nacional de remoção 2015 [...] não há previsão no edital da remoção pleiteada pelo Impetrante, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar a seara da discricionariedade técnica da Administração [...] as regras para a remoção foram elaborados segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. 6. Portanto, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. [...] (STJ, AgRg no MS 22.190/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 5/10/2016, DJe 18/10/2016)

30 Sustenta ele que, “se os direitos humanos transformaram-se no “mito concretizado” das sociedades pós-modernas, este é um mito concretizado apenas nas energias dos que sofrem violações em maior e menor grau nas mãos dos poderes que proclamaram seu triunfo” (Douzinas, 2009, p. 384).

inconstitucional das emissoras de TV aberta, que em busca de mais audiência exibem, em qualquer horário, atrações contendo agressões físicas, consumo de drogas, insinuação de sexo, dentre outros conteúdos inadequados.

Embora o inteiro teor do acórdão proferido na ADI 2404 ainda não tenha sido publicado, as consequências danosas no âmbito da política pública de classificação indicativa já estão ocorrendo, conforme decisão monocrática recentemente proferida pelo Min. Marco Aurélio³¹, por meio da qual, repetindo o mesmo discurso de suposto combate à censura, rejeitou pretensão do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, no sentido de que a vinculação horária fosse respeitada durante o horário de verão. Para o douto Magistrado, que citou na fundamentação de tal julgado o termo “superego”, inerente a ramo da ciência cujo domínio não é condição para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Corte, as retransmissoras podem veicular a programação sem limitação de horário.

Se aplicado a outras áreas reguladas pelo Estado, tal raciocínio conduzirá à dispersão de agrotóxicos de forma indiscriminada e ao consumo livre de cocaína e outras drogas, pois a Agência Nacional de Vigilância Sanitária não é o “superego” da sociedade. Os aviões poderão trafegar com a quantidade de combustível que desejarem³², com frequentes panes secas, na medida em que a Agência Nacional de Aviação Civil também não é o “superego” da sociedade. As empresas de telefonia, por sua vez, também não estarão vinculadas aos parâmetros de qualidade fixados pela Agência Nacional de Telecomunicações, que não foi criada para ser o “superego” da sociedade. Fica a dúvida sobre essa questão do “superego” da sociedade e se ele estaria representado por cada um dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Ao comentar a necessária transformação do Estado para que os direitos humanos sejam concretizados, Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 53) enfatiza que, “num contexto em que a distinção entre o poder político e o poder econômico se dilui, a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexo de causalidade entre poderosos atores não estatais e algumas das mais massivas violações de direitos humanos [...]. A reconfiguração do poder do Estado que daqui decorre obriga a que na identificação e na punição das violações de direitos humanos sejam incluídas as ações daqueles cujo poder econômico é suficientemente forte para transformar o Estado num dócil instrumento dos seus interesses”.

É por um Estado mais eficiente, especialmente na área de defesa dos direitos humanos, que anseiam dezenas de milhões de pessoas que vivem à margem de qualquer tutela jurídica e de aportes institucionais que garantam um desenvolvimento sadio e o crescimento pessoal necessário ao tão exigido comportamento cidadão da parcela mais numerosa da população brasileira, educada desde a primeira infância pela programação das emissoras de televisão aberta e com acesso a instrução básica de precária qualidade na rede pública, quando muito. É com essa massa de pessoas deseducadas e pouco instruídas que as estruturas de poder atualmente dominantes contam para se manterem ditando, de forma soberana, os rumos cada vez mais sombrios da nação brasileira.

Por fim, cumpre indicar a notória situação de descaso dos órgãos que compõem o sistema de justiça, ante a escassez de demandas judiciais direcionadas à aplicação de sanções pela violação das normas de proteção antes indicadas. Os ataques jurídicos realizados pelas emissoras são levados a efeito por ações constitucionais, inexistindo precedentes dos tribunais estaduais em que tenham sido discutidas teses no julgamento de recursos interpostos no âmbito de procedimentos para aplicação das sanções administrativas.

Esse estado de inação das instâncias de controle não decorre da ausência de ilícitos administrativos, mas sim da deficiência na fiscalização derivada da falta de prioridade institucional³³. Embora a garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes receba o rótulo constitucional da absoluta prioridade, o país ainda está muito distante de uma realidade que priorize tal missão de extrema relevância para que a realidade futura possa ser melhor, ao menos do ponto de vista cultural.

Quanto à programação televisiva, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2404, que representou um grande golpe na vinculação horária, cresceu o risco de uma maior exposição de crianças e adolescente a conteúdos impróprios, o que já vinha ocorrendo com certa regularidade, mesmo com a previsão de sanção por meio do tipo administrativo que a Corte Suprema declarou inconstitucional. Agora, o sistema de justiça, para sancionar as

31 Destaque-se o seguinte trecho da decisão: “[...] deixar à autoridade pública a prerrogativa de definir as grades de programas pode ter efeitos negativos sobre interesses de toda a coletividade. Valendo-se do pretexto de proteger as crianças e os adolescentes, o Poder Público poderá impor censura a informações que seriam do interesse de todos. Ora, o Ministério da Justiça não é o superego – para usar termo comum na psicanálise – da sociedade. Descabe atribuir-lhe a função de pai ou censor, porque não se trata de órgão com capacidade de discernimento privilegiada. Esse caminho foi vedado pelo artigo 220, § 2º, da Carta Federal, que afastou a censura nos meios de comunicação. [...] conheço e dou provimento ao extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, assentar a possibilidade de retransmissão da programação veiculada em rede nacional sem limitação de horário”. (RE 633888, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 18/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016)

32 Lamenta-se de forma profunda o triste desastre aéreo que levou à morte de 71 pessoas na madrugada de 29/11/2016, nas proximidades de Medellín. Uma regulação mais efetiva da aviação comercial poderia ter evitado a perda prematura dessas e de outras tantas vidas humanas.

33 Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes apurou o seguinte: Enquanto 47% dos entrevistados, membros do Ministério Público, afirmaram considerar a área de criança e adolescente prioritária para seus respectivos órgãos, 62% indicaram combate à corrupção e 49% indicaram investigação criminal. Quando da aferição da qualidade da atuação, foi constatado que a defesa dos direitos de crianças e adolescentes está avaliada abaixo da promoção da ação penal pública, da representação ante a prática de ato infracional, da fiscalização do processo eleitoral e do atendimento ao público (Lemgruber; 2016). Todas essas áreas são da mais alta relevância. Mas fica a constatação de que, se prioridade absoluta fosse, a tutela da criança e do adolescente figuraria em primeiro lugar em levantamentos dessa natureza.

emissoras que utilizem de tal expediente para obter índices de audiências que satisfaçam a ânsia lucrativa dos patrocinadores, terá que dispersar mais energia, por meio do processamento de ações cíveis, em que poderão ser pleiteadas condenações por dano moral coletivo, ao contrário do célere rito judicial do procedimento de aplicação de sanções administrativas.

Se já existia uma deficiência na atuação fiscalizatória e repressiva do Ministério Público ou do Conselho Tutelar (art. 136, X, do ECA), mesmo com um instrumento jurídico de manejo muito mais elementar como a representação, a tendência é que a repressão diminua ainda mais, em prejuízo do desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. Como opção para solucionar tal impasse, figura a edição de norma legal que disponha, a exemplo do revogado Código de Menores, sobre vinculação horária, elevando o valor das multas a serem pagas pelas emissoras que a desobedecerem e positivando os parâmetros mínimos já consolidados na Portaria nº 368/2014-MJ, de modo a evitar a discussão que certamente será travada pelas emissoras, quanto à legitimidade da salutar regulação da matéria no âmbito do Poder Executivo.

Dessa forma, a política pública de classificação indicativa ganharia muito mais vigor jurídico, com uma normatização reforçada pela legitimidade democrática do Poder Legislativo, constituindo-se em instrumento com maior potencial de efetividade, que permanecerá na dependência, por óbvio, de um compromisso sério dos órgãos envolvidos com a sua concretização, sejam os Conselhos Tutelares ou a Secretaria Nacional de Justiça, que necessitam de uma adequada estrutura administrativa para fiscalizarem a contento eventuais violações, seja o Ministério Público, que precisa eleger como prioritária a atuação na defesa de crianças e adolescentes, e especialmente o Poder Judiciário, responsável pela condução célere e eficiente dos processos instaurados contra aqueles que desrespeitam, com o intuito de lucrar, a fase mais importante do desenvolvimento de milhões de seres humanos.

SÍNTESE DOGMÁTICA

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2404, declarando inconstitucional a vinculação horária regulamentada por ato do Poder Executivo, desconsidera a natureza complexa desse tipo de atividade normativa e coloca em risco a efetividade da política pública de classificação indicativa. Diante disso, cabe ao Ministério Público reforçar a atuação, aprimorando as ferramentas de monitoramento, especialmente da programação da TV aberta, e fazendo uso da ação civil pública para a tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas da exposição a conteúdo prejudicial ao seu desenvolvimento em horário inadequado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Justiça. **Classificação Indicativa: Guia Prático**. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2012. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/guia-pratico.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2404**. Voto do Min. Dias Toffoli, relator. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2404.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 22-23.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

GARCIA, Emerson. **Discrecionariade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEMGRUBER, Julita. et al. **Ministério Público: guardião da democracia brasileira?** Rio de Janeiro: CESeC/UCAM, 2016. Disponível em <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/CESEC_MinisterioPublico_Web.pdf>. Acesso em 26 jul. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

-
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 20, p. 95, 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Orçamento e políticas públicas infantojuvenis**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- POZIOS, Vasilis K.; KAMBAM, Praveen R.; BENDER, H. Eric. Does Media Violence Lead to the Real Thing? **New York Times**, p. SR12, 25 ago. 2013.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. Discricionarietà e Moralidade Administrativa. **Discricionarietà Administrativa**. Coordenação Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, a. 16, n. 54, p. 17-39, jul./set. 2011.
- SCORSIM, Ericson Meister. Os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, p. 17-40, abr./jun. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194913>>. Acesso em 26 jul. 2017.

TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO RESPEITO DOS ADOLESCENTES ACUSADOS DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS¹

MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça titular da Segunda Promotoria de Justiça de Paulo Afonso/BA. Professor do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (Paulo Afonso/BA). Aluno do Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (Aracaju/SE). Membro do Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência (Proinfância) e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA/ABMP).

INTRODUÇÃO

A infância e a juventude não passam incólumes pela crescente onda de criminalidade, problema comum a todas as regiões brasileiras. Seja como vítimas de bárbaros crimes, contra a vida, contra a dignidade sexual, dentre outros, seja como autores de ilícitos de igual gravidade, adolescentes são frequentemente protagonistas de matérias jornalísticas publicadas por diversos veículos de comunicação, sobretudo com o advento das mídias virtuais³, que viabilizam a qualquer pessoa, com investimentos mínimos, propagar notícias com aparência de profissionalismo.

Partindo de reflexões sobre o fenômeno midiático de exploração da violência, que faz parte da estratégia de comunicação social adotada pelos próprios órgãos públicos integrantes do sistema de segurança pública e defesa social, e abordando a situação específica, do ponto de vista jurídico, dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais, com enfoque na doutrina da proteção integral e nos direitos fundamentais tutelados por normas constitucionais, convencionais e legais, este trabalho sugere estratégias de enfrentamento a serem adotadas pelo Ministério Público, enquanto órgão integrante do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

EXPLORAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

O interesse por violência não é uma novidade, já que as práticas de crueldade com animais e as arenas da antiguidade clássica, com gladiadores que atraíam a atenção de grandes massas no Império Romano, episódios reiteradamente retratados em obras cinematográficas e literárias ao longo dos séculos. Esportes que envolvem artes marciais e conduzem, de forma relativamente comum, a desfechos com atletas ensanguentados e até em estágio de inconsciência ou com graves lesões físicas, atraem cada vez mais adeptos e seus eventos e competições são acompanhados com muito interesse por milhões de pessoas de forma simultânea em todo o planeta.

Os veículos de comunicação, especialmente na era da Internet, caminham na direção desse interesse crescente e pautam seu noticiário com muita ênfase em condutas criminosas, que elevarão a audiência e, conseqüentemente, a venda de espaços publicitários, em razão diretamente proporcional à gravidade das condutas praticadas. Nessa linha, Luiz Gazoto (Gomes; Gazoto, 2016) reconhece que “a mídia não é um mal, em si”, mas critica o seu alto poder de repercussão de notícias, destacando que, “além da questão dos seus interesses financeiros – muito bem destacada por Weber – e de uma possível manipulação por grupos específicos, quase sempre suas informações são produzidas urgente e precariamente” (Gomes; Gazoto, 2016, p. 272).

Ao dar grande espaço a atos criminosos praticados, inclusive por adolescentes, sem investigar as causas desse fenômeno, os veículos de comunicação impulsionam políticas de segurança pública que adotam como fundamentos, segundo Luiz Flávio Gomes, a “desigualdade extrema, a força, a violência, ou seja, a destruição da própria sociedade, que viverá submetida a um estado de exceção permanente (com a suspensão dos direitos fundamentais)”. O autor enfatiza ser “o império dos direitos e da lei” o verdadeiro aferidor da evolução social e que “o objetivo a ser perseguido é, por conseguinte, a operatividade deles, não o incremento do estado de exceção (que não passa de desenvolvimento do sub-desenvolvimento)” (Gomes; Gazoto, 2016, p. 66).

Sérgio Adorno (2002) destaca que as “imagens veiculadas pela imprensa e pela mídia eletrônica, cada vez mais frequentes e cotidianas, pintam cenários dramáticos com cores muito fortes”. Tais cenários, na grande maioria das vezes, exibem “jovens, alguns até no limiar entre a infância e a adolescência, audaciosos, violentos, dispostos a tudo e prontos para qualquer tipo de ação, inclusive matar gratuitamente” (Adorno, 2002, p. 49). Essa forma de retratar os jovens é, segundo ele, fruto da requalificação dos jovens, que se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, de sujeitos tutelados para sujeitos autônomos e, portanto, na visão social⁴, também responsáveis por seus atos.

3 No Segundo Encontro Brasileiro de Pesquisadoras e Pesquisadores pela Justiça Social (Eabrapps), realizado em Aracaju/SE, entre os dias 31 de maio e 3 de junho de 2017, o autor deste trabalho apresentou pesquisa que enfocou a realidade sergipana, executada por meio da Internet em veículos de comunicação dos municípios de Nossa Senhora da Glória, Simão Dias, Itabaianinha, Tobias Barreto, Estância, Itabaiana e Lagarto, os sete mais populosos daquele Estado, excluída a região metropolitana, principais responsáveis pela disseminação de informações de interesse público, referentes a fatos com repercussão local ou regional. Setenta (70) notícias publicadas por veículos de comunicação on-line foram analisadas e toda a amostra violava a vedação de divulgação de procedimento policial que diz respeito a adolescente acusado da prática de ato infracional. Também apurou que 57% (cinquenta por cento) da amostra exibiam total ou parcialmente fotografias dos adolescentes acusados e que 50% (cinquenta por cento) da amostra apresentavam informações que viabilizam a identificação do adolescente por outros meios que não o registro de sua imagem. O respectivo artigo científico, cujo título é “Violação Midiática da Privacidade e da Honra de Adolescentes Acusados de Atos Infracionais no Estado de Sergipe”, encontra-se pendente de publicação.

4 Disserta Adorno (2002, p. 50-51): “Nesse contexto, os jovens – particularmente adolescentes – sofrem como que um processo de requalificação. De seres tutelados, ganham autonomia. São capazes, por conta própria e movidos por uma lógica social própria à sua geração, de intervir nos rumos da contemporaneidade. Lado a lado com as imagens positivas associadas ao mercado e ao desempenho profissional – entre as quais, voracidade, rapidez, em consonância com o ritmo frenético das sociedades pós-industriais, inteligência e sagacidade –, emergem igualmente imagens negativas que se associam ao perigo e à insegurança, imagens representadas pelo envolvimento passional nas causas religiosas, étnicas e éticas; pela precocidade com que se autonomizam dos controles tradicionais, constituem e desfazem elos efetivos e sexuais com uma naturalidade antes desconhecida; envolvem-se com tudo aquilo que remete ao perigo: esportes violentos, gangues, uso e tráfico de drogas, crime violento e organizado. Não sem motivos, mudou e vem mudando substantivamente a presença desses jovens na literatura especializada em desvio, crime e divergência”.

Os próprios órgãos encarregados da execução das políticas públicas de defesa⁵ dos direitos humanos de crianças e adolescentes contribuem para a alimentação desse tipo de estratégia midiática, danosa aos direitos fundamentais dos acusados, já que muitas das imagens veiculadas pelos veículos de comunicação são originárias de equipamentos manipulados pelos próprios integrantes das guarnições policiais que realizam a apreensão dos adolescentes, repassando-as logo em seguida por meio de mensagens eletrônicas remetidas do próprio aparelho de telefone celular.

Isso quando não é o próprio órgão de comunicação social da polícia que produz e publica a notícia na Internet, provavelmente com o intuito de apresentar para a sociedade resultados do trabalho desenvolvido em políticas de segurança pública de discutível efetividade⁶, divorciada de programas de governo comprometidos com o enfrentamento das causas sociais que levam à necessidade de canalização dos vultosos recursos para projetos repressivos voltados a ilícitos praticados por pessoas que ainda se encontram na fase de desenvolvimento da sua personalidade, como são os adolescentes.

Uma rápida pesquisa na página oficial mantida pela Polícia Militar do Estado de Sergipe permite a localização de diversas notícias que relatam a apreensão de adolescentes em flagrante da prática de atos infracionais, uma delas, com o título “PM apreendeu adolescente infrator com um revólver” (PM, 2016), é ilustrada com fotografia na qual o adolescente apreendido é registrado deitado de costas, com as mãos algemadas, sendo colocadas sobre as suas costas a arma que supostamente portava e emblema militar com a inscrição “CPTUR”. Tal imagem exibe tatuagem no braço direito do adolescente permite a rápida identificação indireta por alguém que tome conhecimento do fato.

A outra notícia, cuja manchete é “PM apreende em flagrante adolescente após assalto na Atalaia” (PM, 2017), também é ilustrada com retrato frontal do adolescente apreendido, dessa vez com a estigmatizante tarja preta que cobre unicamente a parte dos olhos, situação que também viabiliza a rápida identificação do adolescente, com base em atributos de sua fisionomia localizados fora da região ocular e noutras informações fornecidas pelo órgão que, como já explicitado, está encarregado da execução da política de defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Difícil contestar, portanto, a conclusão de que vivemos em um estado de exceção permanente, apresentada por Luis Flávio Gomes (2016) e por diversos outros autores, já que o próprio órgão público não vê necessidade de cumprir deveres previstos expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa espécie de cultura da vingança, que leva a Sociedade a ansiar por notícias de atuação das forças policiais com o máximo de rigor, é explicada por Giorgio Agamben como fruto da cultura jurídica arcaica, marcada pela Lei do Talião, na qual a ordem jurídica não se baseia na ideia de sancionar “um fato transgressivo, mas constitui-se, sobretudo, através do repetir-se do mesmo ato sem sanção alguma, ou seja, como caso de exceção”. Explica que a resposta jurídica “não é uma punição do primeiro, mas apresenta a sua inclusão na ordem jurídica, a violência como fato jurídico primordial (*permittit enim lex parem vindicatum*: Festo, 496, 15)” e conclui que “a exceção é a forma originária do direito” (Agamben, 2010, p. 33).

A sociedade que rapidamente julga – com base em curto texto escrito com notória deficiência da técnica jornalística – o adolescente apreendido por guarnição da Polícia Militar logo após tentar furtar gêneros alimentícios move-se com base em “sublime ‘sentimento moral’, uma condição que, a partir da Primeira Guerra Mundial, se tornaria familiar nas sociedades de massa e nos grandes estados totalitários do nosso tempo” (Agamben, 2010, p. 58). Esse perigoso movimento de crescente empoderamento das forças policiais preocupa pela potencialidade de fragilização das bases democráticas do Estado de Direito. Leva parcela significativa da população, inclusive pessoas com nível de instrução alto, a comemorar linchamentos de adolescentes, a partir de emoções que são fruto do próprio terrorismo midiático implantado no meio social, em movimento que se retro-alimenta.

Maria Stela Grossi Porto analisa a problemática da transformação da própria segurança pública em mídia e expõe que o fenômeno vem ocorrendo em setores da polícia, exemplificando com a situação do Distrito Federal, onde policiais, com objetivo de “atestar maior credibilidade à sua atuação [...] estão produzindo jornais que, na contramão da cobertura da grande imprensa (que evita mostrar imagens chocantes em situações de violência), estampam em suas manchetes imagens de grande crueldade e realismo”. Segundo ela, tal noticiário exibe “corpos mutilados, deformados, decompostos” (PORTO, 2009 p. 229). Trata-se, portanto, de reafirmar as representações tão “recorrentes no espaço da segurança pública, segundo as quais ‘bandido bom é bandido morto’” (PORTO, 2009, p. 230).

5 A Resolução nº 113/2006 do CONANDA assim dispõe: “Art. 6º O eixo da defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes caracteriza-se pela garantia do acesso à justiça, ou seja, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e da adolescência, para assegurar a impositividade deles e sua exigibilidade, em concreto. Art. 7º Neste eixo, situa-se a atuação dos seguintes órgãos públicos: [...] V - polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica; VI - polícia militar;

6 Bauman (2016, p. 21) sustenta que o monopólio da força “requer que o poder (isto é, a capacidade de realizar) nas mãos do Estado seja grande o bastante – superior – para lhe dar vantagem num eventual confronto com poderes hostis ou prejudiciais à ordem, que ele instaura e guarda. Também requer que as instituições geridas pelo Estado sejam dotadas de autoridade exclusiva para decidir em que propósitos e objetivos o poder superior é aplicado. Satisfazer ambas as condições assegura ao Estado a capacidade prática de estabelecer a fronteira que separa “poder” (distribuição de força politicamente endossada) e “violência” (uso da força sem endosso político). Eu acredito que o ambiente de vulnerabilidade de hoje disseminado pode ser atribuído ao fato de essas condições não serem observadas. O “monopólio da força” pelo Estado é hoje quase uma ilusão, e cada vez mais é visto como tal”.

TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO RESPEITO

A Constituição Federal consagrou, por meio de diversos dispositivos, especialmente em seu art. 227, *caput*⁷, a chamada doutrina da proteção integral, elaborada a partir de debates travados no âmbito da Organização das Nações Unidas, notadamente a partir da década de oitenta (Amin, 2013), com o intuito de modernizar as diretrizes normativas que incidiam sob crianças e adolescentes⁸, até então tratados pelos diversos ordenamentos jurídicos como meros objetos a serem tutelados pelo direito, gerando uma atuação estatal que não considerava o seu peculiar estado de pessoa humana em desenvolvimento.

Exemplo dessa linha normativa anteriormente em voga, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu o Código de Menores, centrava sua atenção sobre a denominada “situação irregular”, atuando quando presentes circunstâncias de fato ligadas a carência e a delinquência, sem prever deveres jurídicos direcionados à promoção de direitos, como políticas públicas na área de educação e de saúde.

João Batista Costa Saraiva (2016, p. 64) sustenta que as novas diretrizes normativas que entraram em vigor com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revogaram “a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”. Para ele, tais diretrizes atribuíram “um novo contorno ao funcionamento da Justiça da Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como sub-categoria de cidadania” (Saraiva, 2016, p. 64).

Por meio da grande influência exercida pelas discussões posteriores à Segunda Guerra Mundial, amparadas no princípio da dignidade da pessoa humana, a comunidade internacional estabeleceu consensos quanto à necessidade de tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, garantindo tanto a defesa quanto a promoção dos seus direitos humanos por meio da atuação conjugada da família, da sociedade e do Estado, ficando a cargo deste equipar instituições e estruturar serviços com o grau de eficiência necessário à correção de históricos quadros de injustiça social e de omissão do poder público.

Como um dos eixos de ação estatal direcionados a crianças e a adolescentes, figura o sistema socioeducativo, para o qual são direcionados os adolescentes acusados de ilícitos previstos na legislação penal, considerando a regra⁹ de inimputabilidade daqueles que não atingiram a idade adulta, por adoção do critério biológico no plano constitucional. Para as crianças, pessoas que não atingiram a idade de 12 (doze) anos completos, a legislação brasileira restringe a atuação estatal às medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, ante a vedação expressa de aplicação de qualquer medida socioeducativa. Por mais grave que seja o ato ilícito, como homicídio, latrocínio, tráfico de drogas, não se permite¹⁰ sequer a instauração de procedimento no âmbito policial, cabendo ao Conselho Tutelar atuar com o intuito de aplicar as medidas de proteção que sejam mais adequadas para o caso.

Vê-se, portanto, que a opção do direito brasileiro, quanto ao tratamento de crianças e adolescentes a que se atribua a prática de atos infracionais, é marcada por uma tônica protetiva e não repressiva. Ao fixar que tais pessoas em desenvolvimento, mesmo quando acusadas de atos que causam repulsa social, precisam de atuação estatal voltada prioritariamente ao aspecto promocional de seus direitos humanos (Sposato, 2013), ao invés da simples retribuição por meio de sanções de discutível efetividade, a legislação equaciona a circunstância de que tais episódios de violência representem, na maioria dos casos, apenas um capítulo do longo histórico de falência generalizada das políticas sociais que deram causa ao envolvimento precoce da criança ou do adolescente com o mundo do crime.

Em outras palavras, ao Estado que deixa de prover serviços públicos com um mínimo de qualidade nas áreas de educação e de saúde, para ficar nas duas áreas de maior relevância, não cabe enfrentar o problema da criminalidade envolvendo crianças e adolescentes com postura unicamente punitiva, posto que em muitos casos o ingresso no sistema socioeducativo representa a primeira abordagem estatal do adolescente que se encontra em situação de risco desde o início de sua existência. Detectada a prática de ato infracional, cumpre enfrentar a problemática a ela inerente com base em preceitos da doutrina da proteção integral, reconhecendo que aquele acusado precisa, antes de punição, do aporte de serviços com o mais alto grau de qualificação, respeitando sempre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal a todos os acusados e aqueles aplicáveis a crianças e a adolescentes.

7 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

8 Após citar a aprovação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras Mínimas de Beijing, por meio da Resolução nº 40/33 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985), Andréa Rodrigues Amin (2013, p. 44) afirma que “a nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral”.

9 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

10 O art. 105 do Estatuto da Criança e do adolescente prescreve que “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”. Regulamentando tal disposição, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006, dispondo nos seguintes termos: “Art. 12 Somente os conselhos tutelares têm competência para apurar os atos infracionais praticados por crianças, aplicando-lhes medidas específicas de proteção, previstas em lei, a serem cumpridas mediante requisições do conselho. (artigo 98, 101,105 e 136, III, “b” da Lei 8.069/1990)”

A Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, que vigora no Brasil por força do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, com status supralegal¹¹, dispõe sobre o dever de tratamento de crianças – entendida pelo art. 1º da Convenção como todo ser humano com menos de dezoito anos de idade – acusadas de atos infracionais “levando em consideração a idade” e a “importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade” (Artigo 40, 1).

A mesma Convenção dispõe sobre as garantias mínimas aplicáveis a todas as crianças acusadas de infringir leis penais, dentre as quais se destaca o respeito à sua condição de inocente enquanto não comprovada a culpa, o julgamento célere por órgão judicial, a faculdade de arrolar testemunhas de defesa e “ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo” (Artigo 40, 2, b, VII).

O Pacto de São José da Costa Rica, convenção de direitos humanos aprovada pela Organização dos Estados Americanos, que também goza de status supralegal, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe sobre o direito humano à proteção da honra e da dignidade, nos seguintes termos: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (Artigo 11, 1).

No mesmo dispositivo, prevê o direito à “proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (Artigo 11, 3), para mais adiante prescrever, como regra de efetividade da proteção da honra e da reputação, que “toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial” (Artigo 14, 3, destaque acrescido).

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, ao estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet no Brasil, consagra como fundamentos tanto “o respeito à liberdade de expressão”, quanto “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” (art. 2º, *caput* e inciso II) e elenca, dentre outros, os seguintes princípios: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...] proteção da privacidade; [...] responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei” (art. 3º, incisos I, II e III).

A entrada em vigor da Constituição Federal marcou a suparação, ao menos do ponto de vista jurídico, do autoritarismo que cerceava direitos civis básicos por meio de um regime político ilegítimo e que dependia de práticas antidemocráticas para permanecer no poder. Dentre essas práticas, figurava a censura e a repressão institucionalizada e violenta a iniciativas da sociedade direcionadas a contestar e a apontar incoerências e falhas governamentais, tão importantes ao necessário e contínuo aprimoramento da Administração Pública.

Em razão de um natural movimento pendular que marca a história da humanidade, o texto constitucional foi marcado por dispositivos quase panfletários de uma suposta ruptura institucional, gerando na área jurídica o direcionamento de linhas interpretativas sempre para caminhos mais libertários e menos regulatórios. Assim, a conformação político-jurídica do momento deveria passar à margem de qualquer menção a censura e estabelecer, com muito rigor, garantias constitucionais, dentre as quais a liberdade de informação.

Comentando o direito à crítica jornalística, incluída nessa garantia, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 672) sustenta que tal direito “representa uma nota essencial de uma sociedade democrática e madura”, explicitando que ele prevalece mesmo sobre direitos individuais da personalidade “quando verdadeira a informação e inevitável a sua transmissão”.

Emblemático, nessa linha, o art. 220, § 2º, do texto constitucional, ao vedar expressamente, como se isso fosse necessário, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Dentro do clima político que marcou a Constituinte, possível concluir que tal dispositivo deriva de uma pretensão frustrada, no sentido de que, ao restringir de forma absoluta a atuação do Estado em área tão sensível, o mercado jornalístico seria dominado por veículos de comunicação isentos, possuidores de linhas editoriais sérias, sem compromissos com grupos políticos ou empresariais que continuam e tendem a continuar, por muito tempo, ditando os rumos da nação com sua influência sobretudo econômica.

Já que o Direito não se interpreta em tiras, como costumava advertir o Ministro Eros Grau¹², é possível afirmar que, mesmo na hipótese de informação jornalística, é possível atribuir sanção jurídica em razão do exercício abusivo da liberdade de informação, mesmo que ela tenha sido conferida pela Constituição Federal nos seguintes termos: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (art. 220, § 1º). Dentro do poder geral de cautela, cabível inclusive a restrição judicial à circulação da notícia, seja qual for o suporte.

11 Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 3/12/2008, que deu origem à edição da Súmula Vinculante nº 25, assim redigida: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

12 Por todas as passagens, cita-se o seguinte trecho de uma das suas decisões monocráticas: “**Como afirmei por diversas vezes, o direito não se interpreta em tiras, aos pedaços**, de modo que o texto normativo invocado deve ser interpretado em conjunto com os demais preceitos constitucionais relativos à administração da justiça, notadamente os arts. 133 e o princípio assegurado pelo art. 5º, LXXIV”. (Pet 3089 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 15/12/2004, publicado em DJ 01/02/2005 PP-00079, destacado)

O que a Lei Maior prevê, portanto, é uma cláusula de reserva jurisdicional nessa matéria, ante a garantia da inafastabilidade do controle¹³, que viabiliza a adoção de posturas estatais sancionatórias ou mesmo inibitórias, conforme percepção do magistrado responsável pelo julgamento da causa¹⁴. Ou seja, ao Poder Executivo, como antes ocorria, foi vedado o exercício de poder de polícia quando está em jogo a liberdade de informação jornalística. Mas, ao Poder Judiciário, continua conferido o poder/dever de agir quando provocado.

Analisando o direito à crítica jornalística, Vidal Serrano Nunes Júnior (2011) explicita que tal direito “se vê limitado pelos direitos à honra, à vida privada e à intimidade”, ressaltando que “situações concretas podem ensejar uma colisão do direito de crítica com outros direitos constitucionais, caso em que estes, e não um genérico conceito de ordem público, é que servirão de limite ao direito de crítica”. Em seguida, cita exemplos desse tipo de situação, como a proteção da infância e da juventude prevista no art. 221 da Constituição Federal¹⁵, que pode “servir de anteparo à crítica jornalística”, e o direito à segurança, “conscrito no *caput* do art. 5º, pode vir a coibir crítica que, desbordando-se da análise valorativa de fatos, venha a incidir em incitação à prática de crimes” (Nunes Júnior, 2011, p. 136).

É possível concluir, portanto, que a censura, entendida como atividade de órgãos ligados à estrutura administrativa do Poder Executivo direcionada a controlar e a restringir o direito de crítica exercido por veículos de comunicação e o teor de manifestações políticas, culturais e artísticas, foi expressamente vedada pelo constituinte originário.

Mas a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que veda o exercício de atividade censora pelo Poder Executivo, conforme antes exposto, determina, por meio do seu art. 227, *caput*, que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar às crianças e aos adolescentes, neles incluídos aqueles que são acusados da prática de atos infracionais, “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”. O mesmo dispositivo também impõe que tais pessoas, em razão do seu peculiar estágio de desenvolvimento, devem ser colocadas “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Dando concretude a tais disposições constitucionais, em consonância com os direitos humanos previstos na Convenção dos Direitos da Criança e no Pacto de São José da Costa Rica, o Estatuto da Criança e do Adolescente vedou, por meio de seu art. 143, *caput*, “a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”. A norma, de grande amplitude, consagra garantia contra a violação da honra e da privacidade de crianças e adolescentes acusados de atos infracionais, dando densidade normativa ao direito fundamental ao respeito¹⁶, que consiste, conforme dicção do art. 17 do Estatuto, “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”.

Reconhecendo a importância da liberdade de comunicação para o regime democrático, o parágrafo único do art. 147 do Estatuto previu, desde a sua redação originária, a possibilidade de veiculação de notícia envolvendo o fato, desde que ela não identifique a criança ou o adolescente, com vedação expressa do uso de fotografia e da referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência. Por meio da Lei nº 10.764, de 12 de novembro de 2003, foi acrescida¹⁷ a expressão “e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”.

Válter Ishida enfatiza que tal norma tem por objetivo proteger a dignidade e a intimidade dos adolescentes “contra publicações de jornais, revistas, televisão, rádio etc” que realizam a exploração, de forma sensacionalista, da “desgraça alheia e da criminalidade que fornecem alta vendagem e público” (Ishida, 2016, p. 412), razão pela qual a lei coíbe tais abusos também com punições fundamentadas no direito administrativo sancionador. Quanto “à liberdade de veiculação de imagens pela imprensa de menores, existe limitação da mesma em prol da dignidade da criança e do adolescente” (Ishida, 2016, p. 412).

13 Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

14 Consta do voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 4815, quando o Supremo Tribunal Federal fixou a desnecessidade de autorização de pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares – em caso de pessoas falecidas ou ausentes –, elucidativa passagem referente à possibilidade de restrição anterior à circulação: “eu fiquei muito confortado quando esta Corte, por meio de todos os votos, reafirma que, nesta matéria também, continua prevalecendo, continua válido um princípio absolutamente fundamental, que é aquele da inafastabilidade da jurisdição a que se refere o art. 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal. Eu entendo, com todo o respeito, que, **neste princípio, compreende-se, sim, o poder de cautela do juiz, sobretudo porque esse dispositivo faz menção à ameaça a lesão de direitos, portanto, o juiz deve ter instrumentos para impedir a mera ameaça a lesão de direitos.** É claro que - e isso o Ministro decano, Celso de Mello, observou muito bem -, neste conceito, não se compreende qualquer decisão teratológica, até porque existem instrumentos processuais hábeis para fazer cessar de plano, de pronto, qualquer decisão que fuja a esse padrão normal que é o poder geral de cautela do juiz” (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016, destacado).

15 Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

16 Leciona Flávio Frasseto (2005, p. 67), que “o direito ao respeito envolve a questão da preservação da imagem, tão frequentemente violada quando se trata de adolescente infrator. Aqui, tanto quanto o da polícia, é importante o papel da imprensa, em respeitar e, portanto, garantir o direito; o da polícia, em garantir e fazer respeitar, isto é, em promover o direito”. Nessa linha, o art. 18 do Estatuto enuncia ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

17 O dispositivo em vigor contém a seguinte redação: “Art. 147 [...] Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, **vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.**” (destaque acrescido)

Possível concluir, portanto, que um homicídio praticado por adolescente, levando à sua apreensão em flagrante ou não, pode ser objeto de notícia veiculada pela imprensa, desde que não constem da publicação – (a) fotografia; (b) nome; (c) apelido; (d) filiação; (e) parentesco; (f) residência; (g) iniciais do nome e sobrenome. Conforme publicação técnica, voltada a jornalistas, tais vedações buscam preservar os adolescentes acusados de “constrangimentos (que, especialmente no caso de garotos e garotas em conflito com a lei, podem evoluir para retaliações), além de evitar que sua eventual condição de autor de ato infracional seja fixada indeterminadamente no imaginário popular” (BRASIL, 2012, p. 79), o que contraria a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, que demandará, a partir dos fatos apurados, complexo processo de ressocialização.

A curiosidade que naturalmente surge quando graves ilícitos são praticados não pode levar à exposição do adolescente acusado, sob pena de violação do direito fundamental ao respeito. O direito de a sociedade obter informações sobre o fato, de grande importância para a democracia, encontra limitadores expressos, previstos nas regras antes citadas, representando conformação político-jurídica devidamente amparada nos direitos antes referidos.

Como instrumento para inibição da violação dos deveres de proteção ao direito fundamental ao respeito, o Estatuto prevê, em seu art. 247, infração administrativa apenada com multa de até 20 (vinte) salários de referência, passível de majoração até o dobro, em caso de reincidência, para todo aquele que “Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional”¹⁸.

A amplitude do tipo sancionador é maior que a do art. 143 do Estatuto, na medida em que o seu § 1º refere a exibição de fotografia, total ou parcial, e inclui na vedação a cobertura dos procedimentos que tramitam nas esferas policial, administrativa e judicial. Busca, com isso, preservar a honra e a dignidade das crianças e dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais, lançando mão de ferramentas repressivas à disposição do Sistema de Justiça, no âmbito do qual ocorre a apuração das infrações às normas de proteção por meio do procedimento previsto nos arts. 194 a 197 do Estatuto, iniciado por representação do Ministério Público ou por “auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado” (art. 194).

A sanção de multa, após a conclusão do procedimento judicial, será aplicada por decisão devidamente fundamentada, em clara atuação anômala do Poder Judiciário, desempenhando funções de polícia administrativa. Não cabe, nos restritos limites deste trabalho, analisar criticamente tal modelo legal, mas deve ser destacado que ele decorre do arranjo institucional que vigorou no Brasil durante décadas, constante do Código de Menores, e que garante aos autuados por infrações administrativas o gozo dos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

O Estatuto, portanto, ao mesmo tempo em que dispõe de forma bastante rigorosa quando o assunto é tutela do direito fundamental ao respeito de crianças e adolescentes acusados da prática de atos infracionais¹⁹, inclusive prevendo sanções de multa e de apreensão das publicações, contempla garantias processuais aos acusados de violar os direitos à honra e à privacidade desses adolescentes. Mas as repercussões jurídicas desse tipo de ilícito não se esgotam na seara administrativa.

Como forma adicional de responsabilização, figura a intervenção jurisdicional para a tutela dos direitos da personalidade de cada criança ou adolescente indevidamente exposta, além da possibilidade de lesão a direitos coletivos na hipótese de reiteradas publicações violadoras do dever de proteção.

No art. 201, ao dispor sobre o Ministério Público, o Estatuto prescreve que a Instituição pode “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência”, destacando, em seu § 1º que “a legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei”.

Uma vez que a doutrina da proteção integral exige a atuação não só da família e do Estado, mas também da sociedade, no sentido de defender os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a postura adotada por veículos de comunicação, no sentido de ignorar reiteradamente os comandos normativos que vedam a exposição midiática de adolescentes acusados da prática de atos infracionais, enquadra-se em ilícito violador de direitos difusos com potencial de causar danos para toda a sociedade.

18 Os parágrafos desse dispositivo estão assim redigidos: “§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.” O trecho riscado foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, acatando pedido formulado pelo então Procurador-Geral da República. Consta da ementa: “A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 869, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/1999, DJ 04-06-2004 PP-00028 EMENT VOL-02154-01 PP-00021). Fazendo-se uma leitura da decisão “a contrario sensu”, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a higidez constitucional da proibição contida no tipo sancionador, restringindo a pronúncia da inconstitucionalidade da pena que viola a liberdade de manifestação do pensamento.

19 O Estatuto da Criança e do Adolescente chega a prever sanções penais a serem aplicadas a delegados, membros do Ministério Público e magistrados que violem direitos fundamentais de crianças e adolescentes acusados da prática de atos infracionais, conforme arts. 230, 231 e 234, este redigido nos seguintes termos: “Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena - detenção de seis meses a dois anos.”

Tal situação deve receber a devida atenção por parte do Ministério Público e das organizações da sociedade civil que contemplam, em seus objetos sociais, a defesa dos interesses difusos de crianças e adolescentes, com legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas direcionadas à condenação dos violadores contumazes dos deveres antes mencionados, a partir do reconhecimento²⁰ do dano moral coletivo²¹, e à remoção das publicações, fazendo uso dos instrumentos jurídicos inibitórios consagrados²² na legislação brasileira e na doutrina (Marinoni, 2010).

CONCLUSÃO

Diante do grande número de notícias que violam ao menos um dos deveres impostos pelas normas jurídicas que vigoram no Brasil aos veículos de comunicação, com a finalidade de tutela ao direito fundamental ao respeito de adolescentes acusados da prática de atos infracionais, é possível concluir pela baixíssima efetividade da política pública de fiscalização e de repressão a tais ilícitos, com grande contribuição do sistema de justiça para isso, por ser ele encarregado legalmente da punição daqueles que praticam infrações às normas administrativas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para modificação desse lamentável quadro de violação e de inação estatal, são propostas cinco estratégias de enfrentamento por parte do Ministério Público.

A primeira é melhorar o monitoramento e a comunicação entre os órgãos, de maneira que todas as notícias de prática desse tipo de infração administrativa cheguem rapidamente ao conhecimento do Poder Judiciário, o que pode ocorrer pelo envio de mensagens eletrônicas, realização de reuniões periódicas, estreitamente dos vínculos institucionais por meio da formação de comitês, dentre outras maneiras de integrar os órgãos do referido Sistema.

Cabe enfatizar que os custos para acompanhamento das publicações veiculadas pela Internet são consideravelmente baixos e com perspectivas de retorno tanto por meio da aplicação das sanções pelo Poder Judiciário, levando a reforço no financiamento do Sistema, quanto pela identificação de outras formas de violação de direitos humanos relatadas nas notícias e nos comentários publicados pelos leitores. Nesse sentido, as organizações não governamentais, por menor que seja a sua estrutura administrativa, podem contribuir com dito monitoramento.

Como segunda estratégia, propõe a priorização dos procedimentos judiciais e extrajudiciais direcionados à repressão de tais ilícitos. Embora tais infrações administrativas sejam processadas por meio de rito extremamente simplificado, não é incomum a tramitação lenta dos feitos, levando muitas vezes à prescrição. Por se tratar de causa ligada a direitos de crianças e adolescentes, ao menos no plano difuso, cabe aos magistrados que atuam em varas únicas conceder a prioridade prevista em lei para as demais demandas fundamentadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A terceira estratégia, que também objetiva a celeridade no trâmite dos feitos, é a instituição de núcleos regionais para atuação coordenada das promotorias de justiça com atribuições de defesa dos direitos de crianças e adolescentes. A partir dessa atuação especializada, procedimentos podem ser racionalizados e problemas regionais enfrentados com mais celeridade e eficiência. Notícias publicadas por um veículo de comunicação de uma cidade média são reproduzidas em outros veículos da região, exigindo repressão uniforme para eliminação da notícia ou redução de sua repercussão na maior medida possível.

O reforço da tutela do direito ao respeito pela via coletiva é a quarta estratégia direcionada a dotar o enfrentamento desse tipo de ilícito de mais efetividade, pois ela viabiliza a ampliação das sanções aos veículos de comunicação que reiteram a prática de publicar notícias, mesmo demandados em razão das infrações administrativas.

Caracterizada a intenção de violar o direito ao respeito dos adolescentes, de forma reiterada e com o intuito de lucro, já que tal postura leva ao aumento da audiência, o Ministério Público deve ajuizar ação civil pública e pleitear a fixação de multas mais elevadas do que as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, para retirada das notícias que estejam no ar mesmo após o processamento das representações apresentadas pela Promotoria de Justiça. Nessas mesmas ações cíveis, como quinta estratégia, pode ser requerida a condenação, por meio de tutela ressarcitória, para ser compensada a lesão a direitos transindividuais, considerando eventual ocorrência de dano moral coletivo.

20 Seguindo a mesma linha jurisprudencial da Primeira e da Segunda Turma, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em 26/3/2017, ao julgar Recurso Especial nº 1.487.046, dano moral coletivo causado por posto de combustível que reiteradamente descumpria normas de proteção ao consumidor.

21 Xisto Tiago de Medeiros Neto (2007, p. 134), depois de destacar o avanço legal relativamente à proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) e aos direitos coletivos *lato sensu*, registra que “A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas, para a ordem e a harmonia social, a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato)”.

22 Dispõe o Código de Processo Civil, em vigor por força da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica **destinada a inibir a prática**, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, **é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo**” (destaque acrescido).

SÍNTESE DOGMÁTICA

A violação do direito fundamental ao respeito dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais deve ser enfrentada pelo Ministério Público por meio do (1) constante monitoramento das notícias, especialmente daquelas publicadas na Internet, da (2) priorização dos feitos direcionados à aplicação de sanções administrativas aos autores dos ilícitos, do (3) enfrentamento das questões regionais através de coordenadorias ou de promotorias com atribuições geograficamente expandidas e do (4) ajuizamento de ações civis públicas que busquem as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória, incluindo pedido de (5) compensação por eventual dano moral coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. A Delinquência juvenil em São Paulo: mitos, imagens e fatos. **Pro-Posições**, v. 13, n. 3 (39), p. 45-70, set.-dez. 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder do soberano e a vida nua I**. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução História do direito da criança e do adolescente. In: **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Organizadora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel: entre a incerteza e a esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. ANDI – Comunicação e Direitos Humanos. **Adolescentes em conflito com a lei: guia de referência para a cobertura jornalística**. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www.andi.org.br/publicacao/adolescentes-em-conflito-com-lei-guia-de-referencia-para-cobertura-jornalistica>>. Acesso em 26 jun. 2017.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Curitiba: MPPR, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2006.
- FRASSETO, Flávio Frasseto. **Apuração de ato infracional e execução de medida sócio-educativa: considerações sobre a defesa técnica de adolescentes**. São Paulo: Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ISHIDA, Válder K. **Estatuto da criança e do adolescente**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.
- PM apreendeu adolescente infrator com um revólver. **Polícia Militar do Estado de Sergipe**. 20 out. 2016. Disponível em <<http://www.pm.se.gov.br/pm-apreendeu-adolescente-infrator-com-um-revolver/>>. Acesso em 23 jun. 2017.
- PM apreende em flagrante adolescente após assalto na Atalaia. **Polícia Militar do Estado de Sergipe**. 24 abr. 2017. Disponível em <<http://www.pm.se.gov.br/pm-apreende-em-flagrante-adolescente-apos-assalto-na-atalaia/>>. Acesso em 23 jun. 2017.
- PORTO, Maria Stela Grossi. Mídia, Segurança Pública e Representações Sociais. **Tempo Social. Revista de Sociologia da USP**, v. 21, n. 2, p. 211-233, nov. 2009.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.
-

*A IMPORTÂNCIA DA UNIÃO DOS ÓRGÃOS
QUE ATUAM NA DEFESA DO CONSUMIDOR
NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹*

OTÁVIO DE SOUZA GOMES*

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Titular da 51ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa do Consumidor – PRODECON, Pós Graduado e Professor de Direito Civil . E-mail: otaviogomes@mpam.mp.br

I. INTRODUÇÃO E DESCRIÇÃO DO POSTULADO

O Ministério Público do Estado do Amazonas por meio do Promotor de Justiça da 51ª Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa do Consumidor – PRODECON, Dr. Otávio de Souza Gomes, ao fim dos trabalhos desenvolvidos e das reflexões em torno do tema “A IMPORTÂNCIA DA UNIÃO DOS ÓRGÃOS QUE ATUAM NA DEFESA DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, proclama a seguinte conclusão:

Cabe a cada promotoria apurar notícias de lesão a direitos coletivos dos consumidores, podendo instaurar inquérito civil ou procedimentos de investigação preliminar que permitam a realização de diversas diligências investigatórias, conforme está previsto na CF, art. 129, inc. III e Lei nº 8.625/93, em seu art. 26, incisos e alíneas, além do próprio CDC, Arts. 81 e 82.

Arrematada as investigações, caso o promotor venha a constatar que o fato investigado constitui algum dano ao consumidor, a promotoria pode proceder com a recomendação de se realizar um compromisso de ajustamento de conduta, com a previsão de multa em caso de descumprimento futuro, ou encaminhar para o Judiciário por meio de ação civil pública.

À vista disso, o Ministério Público do Estado do Amazonas, através da 51ª PRODECON em parceria denominado, de *Força Tarefa*, com o Ministério Público Federal, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Câmara Municipal de Manaus e Procon Amazonas, pretendeu através de ajuizamento de Ação Civil Pública com preceito cominatório de obrigação de fazer, interromper a Cobrança pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias a todos os consumidores do estado do Amazonas, cujo procedimento estava sendo realizado pela empresa Eletrobrás Amazonas Energia e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Ocorre que, a concessionária de serviços de energia elétrica, submeteu a população amazonense a imensuráveis transtornos que envolvem a qualidade da prestação do serviço, as fastidiosas interrupções de energia e apagões, e, a tarifa de energia elétrica. O serviço não vem sendo prestado de modo eficiente, adequado, contínuo e seguro. Com Manaus, Iranduba, Manacapuru e Presidente Figueiredo, capital e cidades interioranas, oficialmente integrados desde maio/2015 ao SIN por meio do Linhão de Tucuruí-PA, o Estado do Amazonas passou a se submeter ao Sistema de Bandeiras Tarifárias, programa instituído pelo Governo Federal para todas as empresas concessionárias de energia elétrica que estejam interligadas ao Sistema Nacional, e regulamentado pela Resolução Normativa nº 547, de 16/04/2013, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A ANEEL autorizou, desde 05 de maio de 2015, por meio do Despacho nº 1.365, a cobrança do sistema de bandeiras tarifárias no Amazonas, do momento em que atestou conclusas as obras de interligação de Manaus ao SIN; Contudo, a cobrança não foi inserida nas contas dos consumidores de imediato pela demandada sob argumentos de que “grandes áreas do Estado continuavam sendo abastecidas por usinas térmicas do sistema isolado e que seria necessário uma campanha midiática ao consumidor para explicar a entrada no sistema de bandeiras tarifárias”.

Todavia, a Concessionária divulgou na mídia que a implantação do sistema de bandeiras tarifárias demandaria adequações e que, portanto, os consumidores amazonenses se manteriam no antigo sistema tarifário, no entanto, a população foi surpreendida com a notícia de vultoso aumento em suas contas de energia elétrica em razão da interligação do sistema Manaus ao Sistema Interligado Nacional – SIN.

Desta feita, com a parceria de órgãos de defesa do consumidor, foi ajuizada a mencionada demanda que teve por finalidade a tutela dos direitos e interesses difusos do consumidor e a defesa do interesse social, com a suspensão dos efeitos do Despacho nº 1.365, de 05 de maio de 2015, que determinou a cobrança pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias a todos os consumidores do estado do Amazonas, mesmo que não estejam interligados ao Sistema Interligado Nacional – SIN, além da cobrança retroativa dos meses de maio, junho e julho.

A referida ação civil pública, foi ajuizada perante a Justiça Federal do Amazonas, onde, a mesma tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, sob o nº 0012773-90.2015.4.01.3200.

A opção pela via judicial destinou-se a assegurar um real equilíbrio de forças entre a concessionária e os consumidores lesados pela metodologia ilegal utilizada pela ANEEL, ao abarcar todo o Estado do Amazonas, mesmo que o município não esteja conectado ao SIN.

O Ministério Público do Estado do Amazonas procedeu conforme a Lei Orgânica nº 8.625/93, em seu art. 25, IV, “a”, prevê: “Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público, promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor, e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Deste modo, a Justiça Federal concedeu em caráter liminar, a suspensão da cobrança dos valores apontados no sistema de bandeiras tarifárias para todo o estado do Amazonas; e, conseqüentemente a suspensão da cobrança retroativa a maio de 2015, imposta pelo sistema de bandeiras tarifárias aos consumidores.

A união dos órgãos e entidades que atuam em defesa dos direitos do consumidor, no Amazonas, têm realizado diversos trabalhos conjuntamente, o que levou a presente ação civil receber a premiação ofertada pela Associação Nacional dos Procuradores da República, sendo laureada com o Prêmio República de âmbito nacional, no mês de maio do corrente ano (2017).

Essa união de esforços dos órgãos de proteção ao consumidor, têm o objetivo de fortalecer a integração entre os entes que preservam os direitos dos consumidores, e, essa integração tem tido grande importância para a obtenção de resultados concretos e para o bem-estar dos consumidores, ainda que com atribuições e mecanismos distintos.

Essa harmonia entre os órgãos de proteção ao consumidor, além da capacidade de articulação política, tem sobretudo, no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos, agindo com autoridade para mediar demandas sociais, com capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade.

A união existente, além de uma atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, usa de mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público, com uma atuação proativa para garantir o andamento célere e a duração razoável dos feitos e assim, adotando as providências pertinentes ao alcance do precedente jurisprudencial pretendido, utilizando assim, de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, conciliação, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas, agindo assim, conforme estabelece a Carta de Brasília, a qual foi aprovada no 7º Congresso de Gestão do CNMP em setembro de 2016.

Pode-se ressaltar, que, se não fosse a união dessa *Força Tarefa*, com o Ministério Público Federal e outros órgãos de defesa do consumidor, não poderíamos ter ingressado com a Ação Civil Pública a fim de interromper a Cobrança pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias, pois no polo passivo encontrava-se a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o que deslocaria a competência para o âmbito da Justiça Federal.

II. CONCLUSÕES OBJETIVAS

1. Torna-se fundamental o diálogo e a sintonia permanente do Ministério Público dos Estados com outros entes ministeriais no âmbito federal, inclusive, na instauração de procedimentos investigatórios e proposições de ações judiciais.
2. Devem ser criadas, mesmo que informalmente, “*forças tarefas*” com outros órgãos de defesa do consumidor, v.g., Procons Estadual e Municipal, Defensorias Públicas Federal e Estadual, órgãos de defesa do consumidor dos poderes legislativo estadual e municipais, e, também da OAB, a fim de que a atuação, especialmente no âmbito judicial se torne mais forte e com resultados positivos para o consumidor brasileiro.

III. REFERÊNCIAS

Ação Civil Pública, nº 0012773-90.2015.4.01.3200, 3º Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas.

Carta de Brasília, aprovada no 7º Congresso de Gestão do CNMP em 29 de setembro de 2016.

Constituição Federal Brasileira de 1988.

Lei Orgânica do Ministério Público, nº 8.625/93, art. 25, IV, I, “a”.

Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078/90.

A IMPROBIDADE POR OMISSÃO NA CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO¹

PATRÍCIA PAULA SANTOS²

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Agentes da Improbidade Administrativa. 3. Atos Administrativos. 4. Princípios Da Administração Pública. 5. O Ministério Público. 6. Improbidade Por Omissão. 7. Considerações Finais. 8. Bibliografia.

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as implicações legais da omissão do agente público quanto ao seu dever na conservação do patrimônio público e da obrigação diante do seu cargo.

PALAVRA-CHAVE:

Improbidade administrativa; omissão; agentes públicos; princípios administrativos.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça do Estado do Acre

1. INTRODUÇÃO

Em razão do atual cenário político vivido no Brasil tornou-se comum ouvir o tema improbidade administrativa, seja nas rodas de conversas, nos telejornais e outros meios de comunicação.

O presente trabalho visa apresentar um dos pontos mais controversos e discutidos, quando a assunto é improbidade administrativa, qual seja aquela prática por omissão.

Serão abordados posicionamentos já defendidos e pacificados acerca das omissões praticadas pelos agentes públicos, os quais por inúmeras vezes esquecem, ou melhor, fingem não saber de suas obrigações.

Para facilitar a compreensão do tema proposto, o trabalho será dividido em cinco capítulos passando pelos agentes da improbidade administrativa, atos administrativos, princípios da administração pública, Ministério Público e chegando, ao fim, na improbidade por omissão.

O primeiro capítulo, que versa a respeito dos agentes da improbidade administrativa, ressalta exatamente o que seriam esses agentes, as obrigações conferidas a eles e o que os tornam diferente dos particulares.

Já o segundo aborda o assunto referente aos atos administrativos, trazendo um cenário amplo sobre seus elementos, características e outros.

O terceiro tem como foco os princípios da administração, os quais não só devem ser respeitados como de conhecimento do agente público.

O quarto e não menos importante enfatiza os mecanismo de ação do Ministério Público quando se trata de improbidade administrativa.

No último capítulo será tratado o tema proposto, que é a improbidade administrativa por omissão.

2. AGENTES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa conceitua como agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo emprego ou função na administração pública direta ou indireta.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ leciona que o agente público é todo aquele que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta. Dividindo-o em quatro espécies: agentes políticos - que exercem cargos por mandato eletivo ou nomeação; servidores públicos - pessoas físicas que prestam serviços ao Estado; Militares - que são os agentes públicos das forças armadas; e particulares em colaboração com o Estado - que são aqueles que exercem funções sem vínculos empregatícios com a Administração.

Certo é que o agente público no exercício da função deverá atuar com zelo, desprendimento, dedicação, conhecimento, sempre respeitando as normas infraconstitucionais e constitucionais. A atuação terá como objetivo o bem comum do povo.

Nessa esteira, ao aceitar uma função pública o cidadão deve respeitar acima de tudo a Lei, uma vez que será responsabilizado por seus atos comissivos e omissivos, os quais devem ser praticados dentro da moralidade administrativa e atendendo o interessa da maioria, ou seja, o administrador público deve ser um cidadão probo, honesto e de bons costumes.

O bem geral da população é o objeto nuclear da administração pública, a qual é formada por servidores públicos concursados, agentes comissionados e agentes políticos, que tem como função garantir a qualidade de bens e serviços a serem ofertados aos administrados.

Desse modo, os agentes públicos em sentido amplo podem responder por improbidade administrativa sempre que a conduta se enquadrar como improba. De outra sorte, o Superior Tribunal de Justiça⁴ pacificou o entendimento de que o particular pode responder por improbidade administrativa quando praticar ato ímprobo acompanhado do funcionário público, no julgamento aduziu que é inegável que o particular sujeita-se à Lei de Improbidade Administrativa, porém, para que venha a figurar no polo passivo, este deverá induzir, ou seja, incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito ou (,ainda) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato ilícito.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.443.

⁴ REsp 1.171.017/PA, Rel. Min.Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/2/2014, DJe 6/3/2014

Cabe ressaltar que todo cargo público é criado por lei, que lhe atribui determinada função para que possa atender o interesse público, que é o objetivo único do Estado. Assim, o agente público quando no exercício da função que é inerente ao seu cargo deverá desempenhá-la com zelo e legalidade atendendo o objeto da administração pública, e nunca interesse pessoal ou de seus correligionários, uma vez que atuando de forma inversa estará cometendo ilegalidade passível de responsabilidade administrativa, cível e criminal.

Nesse contexto, pode-se afirmar que ao administrador e a seus agentes somente é permitido agir de acordo com as determinações legais próprias de seu cargo. Por essa limitação não se admite a alegação de desconhecimento da lei ou erro, pois os atos são passíveis de punição, seja por comissivo ou omissivo.

3. ATOS ADMINISTRATIVOS

Necessário se faz para melhor compreensão das omissões administrativas distinguir, *a priori*, os atos administrativos vinculados e os discricionários, ou seja, se os atos que deveriam ser praticados e foram omitidos pelos agentes são atos que impõe o dever de agir vinculado a lei ou há discricionariedade.

Para desenvolver a atividade administrativa o servidor realizará um ato que pode ser vinculado ou discricionário, pois qualquer que seja a atividade administrativa é necessária uma lei que autorize e deve ter por finalidade atingir o interesse público, sendo limitada a vontade do administrador. Nesse contexto, Emerson Garcia⁵ ensina que sendo cogente a prévia existência de uma autorização legal, o agente público está vinculado a cumprir para atender o interesse público, não pode utilizar-se dos “poderes” que lhe são outorgados pela lei a seu bel-prazer.

3.1 ATO DISCRICIONARIO

O ato discricionário é aquele em que a lei concede ao agente público uma margem de liberdade para atuar atendendo a conveniência e oportunidade. Certo é que alguns elementos do ato serão vinculados, como a forma, a competência e a finalidade. Por outro lado, o motivo e o objeto serão escolhidos pelo administrador.

Nota-se que o Juízo valorativo do agente público permitirá a escolha entre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que será mais adequado a atender o interesse público.

Em excelente explicação Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula⁶ aduzem que a discricionariedade ocorre sob dois aspectos: a) quando a lei expressamente dá à liberdade do agente público atuar dentro de limites bem definidos e b) quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados – tais como: “boa-fé”, “conduta escandalosa”, nesses casos a administração pública dentro da oportunidade e conveniência verificará se o ato administrativo está enquadrado no conceito indeterminado, objetivando sempre atender ao interesse público.

Nesse mesmo diapasão, Edilson Pereira Nobre Júnior⁷ dispõe que:

“o agente credenciado para atuar em nome do ente estatal, máxime quando exerça competência discricionária, não poderá postergar o lado moral da Administração, cabendo-lhe desempenhar sua tarefa com vistas à obtenção da melhor fórmula para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos. A movimentação administrativa orientada pela moral pressupõe, entre outros, valores com a lealdade institucional, a economicidade no manuseio dos recursos públicos, a tomada de decisão com base em critérios objetivos e imparciais, o regime de mérito no acesso à função pública, o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos”.

Assim, certo é que o ato administrativo concede ao agente público liberalidade, mas sempre dentro dos parâmetros legais e atendendo ao bem comum. Do contrário, caracterizará ilegalidade punível.

Dessa maneira, podemos afirmar que em todas as ocasiões em que se comprovar, por critérios objetivos, que o administrador deixou de atuar em prol do interesse público cometerá improbidade administrativa por omissão, independentemente do prejuízo ao erário ou dano ao patrimônio público.

5 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.460.

6 ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. Resumo de direito administrativo descomplicado. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 126.

7 Improbidade administrativa: Alguns aspectos controvertidos. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45126/45037>. Acesso em 27 de jul. 2017.

3.2 ATO VINCULADO

O ato vinculado é aquele em que a lei disciplina de forma ampla como o agente público deverá agir, não deixa margem de dúvidas. Nesse ponto, sempre que configurada a hipótese prevista legalmente o administrador deverá obrigatoriamente atuar, sem escolha de conveniência e oportunidade. Teremos um ato vinculado quando a lei faz corresponder a um motivo objetivamente determinado uma única e obrigatória atuação administrativa⁸.

No ato vinculado a lei não deixa margem de atuação para que o administrador opte pela melhor conduta a ser adotada. Diante do fato, só há um caminho a seguir, o que preceitua a lei.

4. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É cediço que a violação a um princípio pode representar algo mais grave do que a violação da própria Legislação. Certo é que agiu bem o Legislador Pátrio quando enquadrou a violação a princípios administrativos como improbidade. Assim, o trabalho ficaria incompleto se deixássemos de mencionar, pelo menos, os princípios constitucionais os quais o agente público tem o dever de observar, sob pena de praticar ilícito cível, penal e administrativo, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse contexto, cabe transcrever o entendimento do doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello⁹ que com muita maestria dispõe:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Pelo princípio da legalidade¹⁰ significa dizer que o agente público está vinculado aos mandamentos da Lei e no exercício de sua função deve atender o interesse dos administrados, sendo que dele não poderá se afastar ou desviar, sob pena de responsabilidade.

Nesse diapasão, a administração pública¹¹ não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas. É sempre o interesse público que deve nortear os atos, haja vista que esses são imputáveis não ao agente que o pratica ou deveria praticar, mas ao órgão ou entidade a qual ele representa, de sorte que o autor do ato praticado pelo funcionário público será a instituição representada por ele, pois o agente é somente a manifestação estatal da vontade. Por isso, quando o agente atua ou deixa de atuar por motivos outros que não o interesse público estará cometendo improbidade administrativa.

O princípio da impessoalidade, que também tem previsão no artigo 37 da Constituição Federal visa obstaculizar as ações dos agentes públicos por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represália, nepotismo, favorecimento diversos¹², pois o poder atribuído ao funcionário deve atender ao interesse coletivo e não pessoal ou de alguns.

Enquanto que o princípio da moralidade preconiza que o administrador público deve ser um cidadão probo, honesto e de bons costumes, sempre disposto a atender o interesse público, que sobrepõe ao do particular. No entanto, a moralidade a ser obedecida é a administrativa e não a moralidade comum que trata da distinção entre o bem e o mal, mas a moralidade que se espera do detentor do poder do povo.

Pelo princípio da eficiência temos que o serviço público prestado ao cidadão deve ser de qualidade e com o menor gasto ao erário. O administrador deverá ter como parâmetro o melhor resultado possível a seus administrados.

O Estado para atender o bem comum do povo, desenvolve várias atividades por meio de seus órgãos, que por sua vez não são dotados de vontade, mas a exerce por meio de agentes públicos, que em sua maioria prestam um serviço público de péssima qualidade. Assim, o princípio da eficiência, constitucionalmente consagrado, exigiu qualificação do servidor, profissionalização, isto é, uma administração de resultado, que garanta ao cidadão um serviço público de qualidade. No qual o agente respeite as Leis, o patrimônio público e exerça sua função com a maior presteza, não acreditando que seus atos sejam um favor aos administrados.

8 ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. Resumo de direito administrativo descomplicado. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 125.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 817.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p 67.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.71.

12 MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

Pelo princípio da publicidade entende-se que o administrador deve divulgar os atos aos cidadãos, que poderão exercer o controle dos atos administrativos. O agente público deve ter a publicidade como regra, somente as ações que possam causar prejuízo poderá ser dispensada de ampla divulgação.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO

Estabelece o artigo 129, inciso III, do texto constitucional vigente que “são funções institucionais do Ministério Público: (...) promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)”.

Ao Ministério Público foi destinada a tutela do patrimônio público e social, como uma das funções essenciais à realização da justiça, um dos aspectos, portanto, da sua atuação fiscalizadora, exercida mediante instrumentos diversos, dentre os quais se destacam o inquérito civil e a ação civil pública, visando preservar a integridade material, moral e legal da Administração Pública.

A guarda do patrimônio público, da moralidade e da legalidade administrativa é papel fundamental que cresce a cada dia no meio da sociedade, principalmente nos dias atuais, onde a corrupção administrativa é noticiada diariamente nos mais diversos meios de comunicação. Não se pode falar em garantia dos direitos fundamentais do cidadão sem o combate incansável da corrupção nas diversas esferas da administração pública.

Nesse ponto, ganha fundamental importância a Instituição no combate a improbidade administrativa como forma de expurgar da administração pública o agente desonesto, descompromissado, desleal e que atua por favoritismo e atendendo sempre interesses pessoais, seja na conduta comissiva ou na omissiva, como veremos adiante.

E veja-se que José dos Santos Carvalho Filho¹³ deixa claro que é cabível o enquadramento de condutas omissivas na hipótese de improbidade por desrespeito aos princípios administrativos:

Finalmente, a natureza dos tipos implica condutas comissivas e omissivas. Como “exemplo das primeiras, cite-se a revelação pelo agente de fato de que tenha ciência em virtude de sua competência administrativa (art. 11, III); já omissiva é a conduta em que o agente ‘deixa de praticar indevidamente ato de ofício’ (art. 11, II).

Nesse contexto, cabe ao Ministério Público tutelar por meio de ação de improbidade administrativa o patrimônio público todas às vezes que o agente público se enriquecer ilicitamente, causar dano ao erário ou violar princípios, pois só assim teremos funcionários públicos que atendam ao disposto na lei e o respeito ao patrimônio público.

6. IMPROBIDADE POR OMISSÃO

O conceito de improbidade administrativa encontra-se escrito nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Não se trata de dispositivos fechados, mas sim de cláusulas abertas, que se amolda à evolução da sociedade e das condutas dos agentes públicos. O que se objetiva é que o agente atue na sua vida pública com honestidade, dignidade, respeito, lealdade, moralidade e ética, sempre atento o bem da sociedade e não interesse pessoal.

Cabe citar o enunciado de Ruy Barbosa de Oliveira¹⁴ que bem descreveu a sociedade atual, da seguinte forma: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.

A improbidade administrativa nada mais é do que a chamada corrupção administrativa, que promove o desvio da finalidade da administração pública e afronta os princípios legais, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas ao custo e sacrifícios de muitos em prol de minorias¹⁵.

A Lei nº 8.429/92 tem como escopo proteger a administração pública da corrupção, do favoritismo, da má gestão¹⁶, enfim de toda sorte de ilícitos administrativos praticados por agentes públicos no exercício da função, seja com conduta comissiva ou omissiva.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1183.

14 OLIVEIRA, Ruy Barbosa. Obras completas, Ruy Barbosa. Brasília: Senado Federal, 1914, v. 41, t. 3, p. 86.

15 PAZZAGLINI FILHO, Marino et all. Improbidade administrativa. Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

16 FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa – comentários à lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

O agente omissor é aquele a quem a lei determina o dever de agir e de modo contrário abstém-se do dever legal, incorre em grave violação dos deveres mandamentais, o que acarretará em improbidade administrativa por omissão.

No caso da improbidade administrativa por omissão o agente público tem o dever legal de agir para atender o interesse público. Todavia, deixa ele de exercer a competência que lhe cabia, recaindo, portanto em omissão, passível de responsabilização pessoal por atuar de forma ímproba. Assim, a nova tendência de proteção contra as omissões dos agentes estatais revela-se como forma de garantir ao cidadão o gozo dos direitos e garantias fundamentais, pois muitas vezes o agente deixa de praticar o ato que a lei lhe impõe para atender interesse pessoal ou por ausência de eficiência, no primeiro caso teremos a prevaricação e no segundo a violação a um princípio constitucional, ambos passíveis de gerar improbidade administrativa por omissão.

O agente será ímprobo não somente porque deixou de praticar o que a lei lhe determinou, mas porque não exerceu a função que lhe competia em razão do cargo e pela qual é remunerado.

Cabe mencionar que na improbidade por omissão deverá ficar provado que o agente tinha conhecimento do ato que deveria praticar, mas por ser desonesto ou por incompetência deixou de atuar dentro da vocação destinada ao seu cargo, causando dano aos administrados.

Nesse contexto, a Lei de Improbidade Administrativa dispõem no artigo 10 que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou **omissão**, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas. No mesmo artigo 10, inciso X, agir **negligentemente** na arrecadação de tributo ou renda, bem como no **que diz respeito à conservação do patrimônio público**.

A norma é clara ao dispor que o agente público que agir com omissão no seu dever legal para a conservação do patrimônio público comete improbidade administrativa.

Não bastasse o prescrito no dispositivo supracitado, o artigo 11, versa ainda que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou **omissão** que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: II - retardar ou **deixar de praticar**, indevidamente, ato de ofício; IV - **negar publicidade** aos atos oficiais; VI - **deixar de prestar contas** quando esteja obrigado a fazê-lo; IX - **deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade** previstos na legislação. Nesse artigo, o legislador determinou aos agentes públicos que pratiquem os atos, sob pena de não o fazendo violar princípios constitucional e praticar improbidade administrativa.

No mínimo, há que transparecer o desprezo pela coisa pública, nos atos omissivos ou comissivos do agente. Não pode ser simplesmente perdoável a conduta equivocada daquele que afirma não saber, o que, necessariamente, deveria saber, para ocupar um cargo ou função pública.

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça¹⁷ pacificou o entendimento de que para caracterização da improbidade administrativa deverá ocorrer o elemento subjetivo, ou seja, o dolo genérico que é a simples vontade de aderir à conduta, produzir os resultados vedados pela norma jurídica ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despiciendo perquirir acerca das finalidades específicas. O Tribunal¹⁸ também pacificou o entendimento de que a lesão a princípios administrativos independe, em regra, de ocorrência de enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Cabe mencionar que o Tribunal de Justiça de Tocantins¹⁹ em julgamento de improbidade administrativa asseverou entendimento de que os atos lesivos ao patrimônio público poderão ser causados mediante conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa.

Na mesma linha o Tribunal Federal do Ceará²⁰ julgou procedente ação civil pública de improbidade administrativa reconhecendo improbidade administrativa dos réus de dano ao erário, nos termos do artigo 10, inciso X, da Lei 8.429/92, tendo em vista a omissão do presidente da Câmara Municipal de Abaiara/CE por ausência de informações essenciais à Previdência Social, qual seja referentes à relação dos Segurados contribuintes individuais.

Em outro julgado o Tribunal Federal²¹ também entendeu que ocorreu improbidade administrativa, consistente na omissão culposa do Prefeito em tomar, previamente, as providências necessárias à viabilização do funcionamento de todos os equipamentos adquiridos com verbas federais, mormente mediante a obtenção de licença da vigilância sanitária. Destacou que o artigo 10, da Lei nº 8.429/92, faz alusão à ação ou omissão dolosa ou culposa, logo, permite a punição, em razão da negligência do gestor.

17 AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rei. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016.

18 REsp 1.320.315/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2013.

19 AgRg no AREsp 161420/TO.

20 Processo AC 200881020014965 **Órgão Julgador** Terceira Turma **Publicação** 19/08/2014 **Julgamento** 7 de Agosto de 2014 **Relator** Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho.

21 Processo AC 200984000113110 **Órgão Julgador** Terceira Turma **Publicação** 05/09/2012 **Julgamento** 23 de Agosto de 2012. **Relator** Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho

No mínimo, o agente público deverá agir com zelo pelo patrimônio público, não se admitindo que sua conduta omissiva ou comissiva cause dano à Administração Pública, pois não há que se perdoar a conduta equivocada daquele que tem o dever legal de agir, haja vista que o mínimo deveria saber para ocupar cargo ou função pública. Destaca-se que o cidadão que aceita gerenciar bens públicos deve ter consciência e responsabilidade do compromisso que assume, não cabendo a alegação de desconhecimento da lei. Não se deve admitir que em uma administração eficiente a coisa pública seja relegada a segundo plano, sobre tudo daquele que tem o dever legal de agir para evitar o dano.

O elemento subjetivo culpa se materializa no resultado das condutas comissivas para imprudência e imperícia e na conduta omissiva para negligência do que o ato doloso pode causar. Assim, o agente público tem o dever de evitar o errado e fazer o certo.

Lado outro, do agente deverá ser cobrado muito mais zelo do que do particular. Por isso, uma omissão é um ato grave, porque viola o dever de legalidade, eficiência e probidade no trato com o patrimônio público que o servidor deverá ter, passível de caracterizar improbidade administrativa.

Neste mesmo sentido, a Constituição Federal, exatamente no capítulo destinado às normas de regência da administração pública, cravou no § 6º do art. 37 a possibilidade de ação regressiva contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa, por ato comissivo ou omissivo, quando agir com incompetência, ineficiência, imprudência, imperícia ou negligência, pois do funcionário público terá que ser cobrado muito além do que de um cidadão comum, uma vez que zela ou deveria zelar por algo que não é dele.

Não há dúvida da dificuldade de enquadramento desses atos, seja comissivo ou omissivo, mas também não há dúvida da necessidade de se coibir essas ações que causam grandes prejuízos à população em geral extirpando dos quadros públicos os agentes ímprobos, resgatando a moralidade administrativa que há muito está em descrédito.

Por fim, cabe mencionar que o Ministério Público de São Paulo durante o 1º Curso de Especialização em Interesse Difuso e Coletivo, o eminente Promotor de Justiça Sérgio Turra Sobrane, preocupado com a crescente improbidade por omissão identificou omissão praticada por pessoas jurídicas, na responsabilização de seus agentes, por dano ao erário. Nesse contexto, propôs que fosse acionada a máquina administrativa para recompor o patrimônio público lesado, sob pena de tipificação de improbidade administrativa por omissão. Concluiu afirmando que ocorrendo dano ao erário, o Ministério Público deverá identificar a administração direta ou indireta, por meio de seus administradores, para que adotem as providências cabíveis para reaver os valores, sob pena de não o fazendo estarem infringindo o dever de proteção ao patrimônio público, inerente à sua função. Isso, porque, a Lei 8.429/92 confere à pessoa jurídica interessada a possibilidade de buscar ressarcir o patrimônio público. Nesse caso, a legitimidade “*ad causam*” ativa do Ministério Público é concorrente e disjuntiva e deve ser exercida quando a pessoa interessada não esteja se empenhando na preservação do interesse público, inércia essa, que se enquadra no artigo 11, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa. O interessante neste caso é que ficará provada a omissão dolosa do agente público que tem o dever legal de proteger o patrimônio público e não o fez.

Assim, verifica-se uma crescente preocupação na tutela do patrimônio público que é desvalorizado por omissão do agente público que deveria zelar, mas não o faz, faltando no mínimo com o dever de eficiência e zelo com o bem que não é seu. Por isso, passível de ação de improbidade administrativa por omissão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, fica claro que a inércia por parte do administrador que se dispôs a tutelar em favor do patrimônio público gera a infringência da Lei de Improbidade Administrativa.

A ausência do ato se não fiscalizada ou cobrada acarretará em prejuízos imensuráveis a coletividade.

Não resta dúvida que a adoção das medidas punitivas para os agentes públicos, quando por sua ausência causam dano ao patrimônio, tem suma importância para o Ministério Público, o qual busca proteger o interesse coletivo, aquele defendido na Constituição Federal como sendo o maior dever do Estado.

Assim, cabe a nós como cidadão, em especial como defensores do direito, não só apenas fiscalizar, mas também conscientizar aos agentes públicos o seu dever para com o exercício de suas atividades, as quais, devem ser desenvolvidas com zelo e dedicação, não apenas por ser dever funcional, mas por ser um dever social.

O agente público praticará improbidade administrativa dolosa ou culposa, por omissão, todas às vezes que deixar de praticar atos vinculados ou discricionários inerentes as suas atribuições ou violar princípios da administração pública.

8. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.71 e p.443.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.460.

ALEXANDRINO, Marcelo e VICENTE, Paulo. Resumo de direito administrativo descomplicado. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 125/126.

Improbidade administrativa: Alguns aspectos controvertidos. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45126/45037>. Acesso em 27 de jul. 2017

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 817

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p 67.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1183.

OLIVEIRA, Ruy Barbosa. Obras completas, Ruy Barbosa. Brasília: Senado Federal, 1914, v. 41, t. 3, p. 86.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et all. Improbidade administrativa. Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa – comentários à lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29

*SMART CITIES PMO*¹

PRISCILA DA MATA CAVALCANTE²

1 APROVADA POR UNANIMIDADE COM ADITIVO

2 Promotora de Justiça do Ministério Público do Paraná. Coordenadora Regional da Bacia Litorânea. Graduação: Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito Público (UFBA): O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento.

I. INTRODUÇÃO

“A excessiva dificuldade que havia nas populações primitivas para fundarem sociedades regulares. Não é fácil estabelecer um vínculo social entre criaturas humanas tão diversas, tão livres, tão inconsistentes. Para dar-lhes regras comuns, para instituir decretos, e fazer aceitar a obediência, para fazer ceder a paixão à razão, e a razão individual à razão pública, é necessário certamente algo mais forte que a força material, algo mais respeitável que o interesse, mais seguro que uma teoria filosófica, mais imutável que uma convenção; algo que esteja igualmente no fundo de todos os corações, algo que se imponha aos mesmos. Isso é a crença. Não há nada mais poderoso sobre a alma”³

Fustel de Coulanges, em sua obra, *A Cidade Antiga*, reflete sobre a formação da cidade, espaço no qual “várias famílias formaram a fratria, várias fratias formaram a tribo, várias tribos formaram a cidade. Família, fraturai, tribo, cidade, são, portanto, sociedades exatamente semelhantes entre si, nascidas uma da outra, uma série de federações.”⁴

Em Ática, centenas de pequenas sociedades viviam em territórios isolados, sem laço político ou religioso e guerreando entre si. No entanto, as *necessidades* e os sentimentos as aproximaram, e, com o tempo, as centenas foram reduzidas a doze confederações, cada qual com seu deus protetor, altar, fogo sagrado e chefe, como Cé crops, que reinou em *Atenas*. No rochedo dos Cecrópidas, onde se desenvolveu o culto da deusa Atena, a cidade, que adotou o seu nome, tornou-se suprema sobre as demais e governada pelo herdeiro dos Cecrópidas, Teseu, que reuniu as doze tribos em uma cidade, adotou o culto comum à deusa Atenas Polias e o pritaneu de Atenas como centro religioso da Ática.

Após séculos, a cidade experimentou a liberdade iluminista e, depois, o paradigma pós-moderno. A *civilização* trouxe o domínio sobre a natureza, consequência da revolução científica e tecnológica e conferiu à humanidade os instrumentos de sua própria destruição. O sentimento de potencial extermínio gerou inquietação e ansiedade, o *mal-estar moderno*.⁵ A inquietação moderna permeou a controversa *pós-modernidade*.

Pós-modernas são as grandes cidades e suas profundas assimetrias. Estas, contudo, não são privilégios de megalópoles; em municípios menores, poluição atmosférica e hídrica, degradação de áreas verdes, ausência de saneamento básico, contaminação do solo, morte da fauna e moradia precária são desafios abissais.

A Constituição Federal de 1988 declarou *direitos*, já previstos em tratados internacionais, que exigem recursos e cuja implementação depende de políticas, executadas através de planos e programas de governo.

Diante deste quadro conflituoso, algumas cidades iniciaram a execução de projetos de tecnologia com o objetivo de conectar melhor os espaços e as pessoas e revitalizar antigas áreas abandonadas. Buscaram utilizar o *planejamento inteligente* para melhor gerir a cidade. Portos foram modernizados, a partir de conceitos como Green Port⁶ e EcoPorts⁷.

Neste espectro, a proposta deste trabalho é a implementação de um Escritório de Projetos – Project Management Office – PMO, para gestão de projetos de Cidades Inteligentes e Sustentáveis – Smart Cities⁸, no Litoral do Paraná, a partir do

3 COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Frederico Ozonam Pessoa de Barros (2006). São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961, p. 195. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em: 01.11.2016.

4 Idem. *Ibidem*.

5 FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição *standard* brasileira, v. XXI. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 87 p. 143-147.

6 O Porto de Long Beach, na Califórnia se considera um “Green Port”, comprometido em melhorar o meio ambiente, através de programas de proteção ambiental, há 20 anos. A “Green Port Policy”, que o Conselho adotou em janeiro de 2005, serve como guia para tomada de decisão e estabeleceu um quadro de operações portuárias comprometidas com o meio ambiente, a partir de cinco princípios: proteção da comunidade, dos impactos danosos das operações portuárias; distinção do porto como líder em administração (stewardship) e conformidade (compliance); promoção de sustentabilidade (*sustainability*); **emprego da melhor tecnologia disponível para evitar ou reduzir os impactos ambientais e engajamento e educação da comunidade**. **Port of Long Beach - Green Port Policy**. Disponível em: http://www.polb.com/environment/green_port_policy.asp. Acesso em: 15.12.16.

7 A “EcoPorts” é uma rede através da qual opera a ESPO (European Sea Ports Organization) que oferece a oportunidade aos portos membros de acessar e usar as versões atualizadas do “EcoPorts tools”, “Self Diagnosis Method (SDM)” and “The Port Environmental Review System (PERS)”. EcoPorts Network. Disponível em: <http://www.ecoport.com/>. Acesso em: 15.12.2016.

8 O substrato criativo por trás dos projetos de cidades inteligentes é impossível de mapear, mas algumas áreas podem ser destacadas: Árvores (etiqueta eletrônica e controle de podas); Lixeiras/Caças/Veículos (etiquetas eletrônicas e controle de coleta); Água (sensores em tubulações e vazamentos); Transporte Público (GPS e horários exatos); Fluxo de Pessoas (utilização de celulares para planejamento de praças, transporte e hospitais); Táxis (aplicativos); Bicicletas (compartilhamento); Trânsito (chips em veículos e vagas); Semáforos (veículos com preferência com chips); Caronas; Compartilhamento de Carros; Pontos Turísticos Falantes (QR Code), Urbanismo colaborativo (informações enviadas pela comunidade e mapas colaborativos) (Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/0810c_1349708725.pdf. Acesso em: 04.04.2017). O evento “**Connected Smart Cities**” envolve empresas, entidades e governos, cuja missão é encontrar o “DNA de inovação”, bem como melhorias para cidades mais inteligentes e conectadas, pequenas ou metrópoles. São abordadas áreas como: urbanismo sustentável nas cidades, mobilidade e acessibilidade, cidades conectadas, cidades participativas e engajadas, cidades empreendedoras, cidades prósperas e cidades humanas, resilientes e inclusivas (Disponível em: <http://www.connectedsmartcities.com.br/index.php/o-que-e/>. Acesso em: 04.04.2017). O Projeto Nearbee classificou-se em 1º lugar, no Prêmio CSC 2016, com um aplicativo para melhorar a *segurança* na cidade de *Campinas*. Em *Santos*, foram desenvolvidos semáforos inteligentes, para reduzir congestionamentos e tomar decisões remotas sem intervenção humana. (Disponível em: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=noticia/888129/servi-os-de-sem-foro-em-tempo-real-est-o-concentrados-na-av-ana-costa>. Acesso em: 04.04.2017). Um dos exemplos de projetos desenvolvidos, no Litoral do Paraná, é a plataforma LARUS, da IFPR, de monitoramento participativo de enalches de animais marinhos (Disponível em: http://paranagua.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2016/09/INFORMATIVO_01-TRABALHOS-CLASSIFICADOS-V-SE%aC2%B2PIN.pdf. Acesso em: 04.04.2017). A Fapesp/Finpep selecionou dez empresas paulistas para desenvolver tecnologias e produtos com aplicações em cidades inteligentes e sustentáveis, por meio de chamada de propostas, no âmbito do Programa PIPE/PAPPE Subvenção, por 24 meses. (Disponível em: http://agencia.fapesp.br/innovacoes_para_cidades_inteligentes/25192/. Acesso em: 04.04.2017).

aprofundamento da interlocução entre os diversos *stakeholders*⁹ envolvidos, em uma região, em contínuo conflito na relação desigual Porto-Cidade. O escritório, portanto, poderia catalisar diversos projetos, especialmente aqueles focados em inovação tecnológica, a partir de uma plataforma interativa, com maior conexão entre as pessoas e o seu espaço.

Considerando os graves problemas de gestão que imperam nos governos municipais, para não mencionar a própria *corrupção*, e a ausência de boa governança (audiências públicas, controle social e transparência), a implementação de um escritório de projetos regional interinstitucional¹⁰ pode contribuir com a coordenação e o acompanhamento de projetos, especificamente que tenham como escopo o desenvolvimento de cidades sustentáveis no litoral do Paraná, que se estende desde a Vila do Ararapira ao norte até a barra do Sai-Guaçu, ao sul, que compreende a Serra do Mar, a Planície Costeira e as Baías de Paranaguá e Guaratuba, com rios percorrendo a área serrana e desembocando na planície costeira, um cenário de beleza ímpar.

O Escritório de Projetos (EP) ou PMO (*Project Management Office*) é uma área organizacional que possui como responsabilidade o gerenciamento centralizado e coordenado dos projetos institucionais sob seu domínio, podendo gerenciar diretamente, fornecer suporte ou mobilizar recursos ao gerenciamento de projetos. A forma, função e estrutura do escritório depende do funcionamento e das necessidades de cada instituição. O escritório pode auxiliar no sentido de: (i) elaborar um *Plano Regional de Ação da respectiva Bacia Hidrográfica*, alinhado aos objetivos de desenvolvimento sustentáveis e relacionado ao diagnóstico dos principais problemas da região; (ii) identificar os projetos tecnológicos que podem ser desenvolvidos de forma regional, a partir de uma atuação integrada e intercâmbio com os órgãos públicos, universidades e organizações não governamentais; (iii) propor a elaboração de convênios e/ou termos de acordo de cooperação técnica com instituições públicas ou privadas, visando à obtenção de subsídios técnicos para a implementação dos projetos; (iv) promover reuniões periódicas, oficinas, reuniões e audiências públicas; (v) promover a integração da sociedade local no processo de construção de *smart cities*; (vi) manter registro e controle sobre os documentos e atividades realizadas; (vii) desenvolver um sistema de informações regionais no PMO; (viii) apresentar os relatórios das atividades desenvolvidas em fóruns nacionais e internacionais de *smart cities*, como a Conferência Internacional de Cidades Inovadoras (CICI); (ix) proceder ao *mapeamento* dos projetos, respectivos resultados e a sua efetividade; (x) realizar a *análise crítica* dos projetos, com apoio interdisciplinar de profissionais, possibilitando o intercâmbio de conhecimentos no seio da própria bacia litorânea e a construção de modelos de atuação conjunta.

II. EXPOSIÇÃO

1. Escritório de Projetos (Project Management Office – PMO)

A estruturação¹¹ de um Escritório de Projetos nas organizações é uma das formas de aumentar a maturidade¹² em gerência de projetos, a partir da canalização de recursos financeiros e humanos, suporte metodológico e organização de esforços e resultados.¹³ Diversas *funções* importantes são atribuídas ao PMO, como: (i) suporte e otimização do portfólio de projetos¹⁴; (ii) treinamento, consultoria e gerenciamento de recursos; (iii) implementação e manutenção metodológica; (iv) padronização de processos; (v) suporte a ferramentas e (vi) estabelecimento de políticas e interfaces funcionais.¹⁵

9 “Segundo o guia PMBOK, *stakeholders* podem ser pessoas ou organizações ativamente envolvidas em projetos ou cujos interesses podem ser positiva ou negativamente afetados pela execução ou término do projeto. Elas também podem exercer influência sobre o projeto, suas entregas e sobre os membros da equipe do projeto» (BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 326).

10 Os projetos poderiam envolver diversas instituições públicas e privadas, do setor público federal, estadual, municipal, empresas, entidades religiosas, organizações não governamentais, academia e a própria comunidade. Uma das propostas é a criação de um *consórcio intermunicipal*, entre os sete municípios da Bacia Litorânea (Antonina, Guaraqueçaba, Guaratuba, Matinhos, Morretes, Paranaguá e Pontal do Paraná).

11 Em síntese, o escritório tem como atribuições: (i) Custo: o gerenciamento de recursos financeiros, físicos e humanos compartilhados entre todos os projetos, administrados pelo escritório; (ii) Qualidade: a identificação, desenvolvimento, estruturação e mapeamento de metodologia, melhores práticas, métricas, padrões uniformes, processos e riscos de gerenciamento de projetos; (iii) Recursos Humanos: a capacitação, orientação técnica, supervisão e treinamento da equipe; (iv) Tempo: o monitoramento e a auditoria de cronograma, custo, escopo, orçamento, prazos, progresso, riscos e sucesso dos projetos (indicadores de desempenho); (v) Integração: a integração com as demais áreas da organização; (vi) Comunicação: a centralização das informações e coordenação da comunicação do desenvolvimento dos projetos e (vii) Escopo: o alinhamento dos projetos ao planejamento estratégico da instituição ou das instituições.

12 “O conceito de maturidade é bastante intuitivo e tem aplicação em muitos aspectos do nosso dia a dia. No caso do gerenciamento de projetos, a maturidade é ligada a quão capaz está uma organização em gerenciar seus projetos com sucesso. Um modelo de maturidade seria, então, um mecanismo capaz de quantificar numericamente a capacidade de uma organização gerenciar projetos com sucesso. Por outro lado, espera-se também de um modelo de maturidade em gerenciamento de projetos que ele seja capaz de auxiliar no estabelecimento de um plano de crescimento para a organização” (BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012).

13 O PMI define o Escritório de Projetos como sendo: “(...) uma unidade organizacional que centraliza e coordena o gerenciamento de projetos sob seu domínio. Um PMO também pode ser chamado de ‘escritório de gerenciamento de programas’, ‘escritório de gerenciamento de projetos’ ou ‘escritório de programas’. Um PMO supervisiona o gerenciamento de projetos, programas ou uma combinação dos dois.” (BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 11).

14 Neste contexto, a gestão pública se organiza em: (i) projetos: que é uma entrega de produto ou serviço exclusivo, de forma clara, planejada e controlada, limitada a fatores críticos, como tempo, custo e recursos; (ii) programas: que é um conjunto de projetos articulados e integrados por desmembramento ou agregação; (iii) portfólio: que significa o conjunto de programas e projetos, desenvolvidos de acordo com o planejamento estratégico da entidade, que permite uma visão ampla dos projetos, com definição de prioridades, melhoria da alocação de recursos e eficiência dos resultados. O papel de gerir o portfólio é do PMO (Project Management Office) ou Escritório de Projetos. (BIESEK, Ana Solange. Indicadores dos ativos intangíveis na gestão de portfólio projetos e processo. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016, p. 31).

15 BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 21.

O Escritório de Projetos, ao conectar o planejamento estratégico com a atuação tática operacional, apresenta diversos aspectos *vantajosos* para o negócio da empresa, como a melhoria da performance do portfólio de projetos, o desenvolvimento e aprimoramento da metodologia, o aumento da lucratividade, o maior respeito ao escopo (especificações), cronograma e orçamento, a melhor satisfação da equipe e dos clientes, a mais efetiva organização e controle das informações, auditoria dos projetos, treinamento e capacitação dos recursos humanos, padronização das operações, melhor comunicação, decisões corporativas e priorização de projetos, ou seja, *benefícios* relacionados à infraestrutura, conhecimento, técnicas e ferramentas de gerência de projetos, que podem ser utilizados como padronização na gestão de projetos.¹⁶

Destarte, o Escritório de Projetos planeja, acompanha, controla e reporta os resultados consolidados dos projetos da organização e, por isso, precisa realizar, primeiro, o alinhamento estratégico dos projetos. O escritório, então, consolida as informações e verifica inconsistências. Depois, correlaciona as propostas aos objetivos do planejamento estratégico da organização e encaminha à administração estratégica.¹⁷

Normalmente, novos projetos, segundo o PMBOK¹⁸, surgem da demanda do mercado, necessidade da organização, pedido do cliente, avanço tecnológico, exigência legal, necessidade social e impacto ecológico.¹⁹

2. PMO no Setor Público

A criação de Escritório de Programas e Projeto é recente no setor público, não obstante a semelhança em benefícios e desafios ao setor privado. A “tendência do setor público em se reinventar e em buscar práticas de gestão compatíveis às utilizadas no setor privado tem sido denominada nas duas últimas décadas de NPM (*New Public Management*), ou NGP (Nova Gestão Pública).”²⁰ Em resumo, trata-se da utilização, pelo Poder Público, de melhores práticas de gestão privada.

Com o objetivo de garantir a conformidade com a lei e evitar a corrupção, o Estado deve aprimorar seu controle interno, sem prejuízo do controle externo realizado, especialmente, pelos Tribunais de Contas. Por isso, deve cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Transparência (Lei Complementar nº 131/2009) e Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), bem como os gestores públicos e contratantes privados devem observar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Adverte-se que a implementação de um PMO no setor público naturalmente encontrará resistências culturais e, por isso, o escritório deve focalizar no engajamento dos stakeholders e intensa comunicação. Há diversos exemplos de PMO estruturados pelo Poder Público, em instituições como, Banco Central, Tribunal de Contas da União, Ministério do Planejamento, Receita Federal, Governo dos Estados, Ministérios Públicos, e empresas como Petrobras, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

3. Smart Cities

O século XIX foi o séculos dos *impérios*; XX, das *nações*; XXI, das *ciudades*. No contexto de propostas de cidades inteligentes, alguns exemplos são trazidos pela literatura, como Barcelona, São Francisco, Singapura (Índice de Biodiversidade Urbana), e recentemente o Projeto de Inovação Urbana – Porto Maravilha/RJ.²¹

O artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, determina que “a propriedade atenderá a sua função social” e o artigo 170, que trata dos princípios da ordem econômica, dispõe como bases a função social, o meio ambiente e a redução das desigualdades. O artigo 182 estatui a política de desenvolvimento urbano.

A cidade inteligente surge como uma forma de aliar tecnologia e qualidade de vida, valorizando o meio ambiente e ocupando espaços públicos, muitos deles, outrora vazios e devastados. Emerge ainda dentro do contraste entre pobreza e abundância; entre condomínios luxuosos e favelas; entre a urbanização cartesiana e a anti-urbanização. Os espaços habitados, por grande parcela da população nas grandes cidades, são degradados, sem as condições mínimas de habitação digna, saneamento básico, áreas de lazer, segurança, saúde e educação, onde a paisagem reflete externamente as dores internas. A injustiça social tem como reflexo a utilização, por poucos, dos benefícios do “desenvolvimento” e a marginalização da maioria.”²²

16 Idem. *Ibidem*, p. 23.

17 Idem. *Ibidem*, p. 73.

18 O PMBOK é um guia sobre o conhecimento em gerenciamento de projetos e processos de trabalho, consoante os padrões mundiais do PMI (Project Management Institute).

19 PMI – Project Management Institute. *Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos*. 5ª edição. Newton Square, 2013, p. 808-811.

20 BARCAUI, André (Org.). *PMO. Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 105.

21 LEITE, Carlos e AWAD, Juliana di Cesare Marques Awad. *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável Num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 4.

22 NIGRO, Carlos Domingos. (In)Sustentabilidade Urbana. Curitiba: Ibpex, 2007 (Prefácio de Jorge Bernardi, p. XVI).

Cidades inteligentes caracterizam-se como espaços que utilizam a tecnologia e a comunicação (TI, logística e energia) para planejar, integrar e monitorar “todos os componentes críticos de sua infraestrutura, tais como: rodovias, pontes, túneis, redes ferroviárias, portos, plantas energéticas, edificações, sistemas de comunicação, redes de abastecimento de água, entre outros”.²³ Desta forma, otimizam seus recursos e melhoram o planejamento, a segurança e os serviços para os cidadãos. Um outro aspecto é o investimento em capital humano e boa governança.²⁴

4. Planejamento Estratégico e Smart Cities

Segundo o IBGE 2010²⁵, 160 milhões de pessoas vivem na área urbana e 30 milhões na área rural das cidades brasileiras e os gestores enfrentam o desafio de prover, de forma eficiente, os serviços públicos de energia, saneamento básico, abastecimento de água, infraestrutura, transporte, mobilidade, segurança e moradia, que atendam às necessidades da população.

Uma cidade que valoriza o planejamento pode fomentar e incentivar parceiros a implementar projetos inovadores, que se refletirão no melhor gerenciamento do setor público e na sua relação com a sociedade civil. A sustentabilidade, contudo, precisa integrar a própria mentalidade do planejamento estratégico, permeando todas as áreas da gestão pública e privada, inclusive, ambiental, financeira e social. Deve-se *equilibrar* a escassez de recursos com projetos inteligentes e sustentáveis.²⁶

O conceito de cidade inteligente surge na década de noventa, visando à implantação de políticas urbanas inovadoras.²⁷ Inteligente é uma cidade que “consegue integrar bem 3 aspectos: infraestrutura, planejamento/gerenciamento (por parte do governo) e a inteligência humana (por parte dos trabalhadores, empreendedores e iniciativa privada).”²⁸ Segundo a empresa IBM²⁹, cidades inteligentes se sustentam em um tripé: infraestrutura, operações e pessoas. Desta forma, a tecnologia pode auxiliar os governos a construir cidades realmente sustentáveis e melhorar a qualidade de vida da população, a partir de pilares como: economia inteligente (*smart economy*), pessoas inteligentes (*smart people*), governança inteligente (*smart governance*), mobilidade inteligente (*smart mobility*), ambiente inteligente (*smart environment*) e modo de vida inteligente (*smart living*).

Há três premissas do planejamento estratégico da cidade inteligente: **(i)** os recursos (orçamento público), **(ii)** o zoneamento (Plano Diretor, Zoneamento Ecológico Econômico, Zoneamento Costeiro) e o **(iii)** licenciamento integrado (ambiental, urbanístico, sanitário e de segurança).³⁰

23 DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 15.12.2016.

24 Alguns atributos comumente relacionados às cidades inteligentes: 1. Utilização da tecnologia da informação e comunicação (serviços disponíveis na Internet, smartphones, redes de telecomunicações etc.) para melhorar a eficiência político-econômica e possibilitar o desenvolvimento social, cultural e urbano; 2. Ênfase no desenvolvimento urbano orientado aos negócios, ou seja, favorecimento de espaços urbanos neoliberais que fomentem a atração de novos negócios; 3. Disponibilização de serviços públicos que se beneficiam do uso da TIC e inclusão social dos cidadãos para que todos tenham acesso aos mesmos; 4. Enfoque no setor de alta tecnologia e nas empresas criativas para estimular o crescimento urbano de longo prazo. Segundo os autores, a presença de uma força de trabalho criativa e competente nas economias globalizadas e intensivas no uso de conhecimentos, pode ser um dos fatores determinantes para o sucesso das cidades; 5. Atenção ao papel do capital social e relacional no desenvolvimento urbano, pois as pessoas precisam ser capazes de utilizar a tecnologia e se beneficiar dela; 6. Promoção da sustentabilidade social e ambiental, assegurando que a exploração dos recursos ocorra de forma segura e que permita a renovação da herança natural (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 15.12.2016.). A cidade inteligente é, assim “uma área política e geograficamente bem definida, que utiliza recursos e inovações tecnológicas (redes de telecomunicações, sensores, dispositivos móveis, big data, ferramentas da área logística e das diversas engenharias, entre outras) de forma integrada e sinérgica aos serviços públicos providos aos cidadãos, aprimorando sua eficiência, eficácia e competitividade com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população em geral, fomentando inclusão social, colaboração e participação em todas as atividades desenvolvidas. Para tanto, possui um planejamento com objetivos e metas específicas, mensuráveis, atíngíveis, relevantes e com prazos definidos, controladas e avaliadas por um processo rígido de governança.” (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 15.12.2016.). Isso porque a inteligência na gestão pode ser um instrumento democrático: “A democratização das informações territoriais com novos sistemas de tecnologia de informação e comunicação deve favorecer a formação de comunidades participativas, além de *e-governance*: serviços de governo inteligente mais ágeis, transparentes e eficientes, pelo compartilhamento de informações. Ou seja, as cidades inteligentes, *smart cities*, podem e devem alavancar a otimização da vida urbana, seja com serviços avançados na cidade formal, seja nas novas oportunidades nos territórios informais.” (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 15.12.2016., p. 09).

25 IBGE 2010. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 29.07.2016.

26 POSTAL, Mateus; ANJOS, Patrícia de Macedo; BRENNER, Rafael; SILVA, Wanderley Marinho da. Gestão de Portfólio de Projetos, para Implantação de Smart Cities. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016, p. 34.

27 Idem. Ibidem, p. 34 (BOLLIER, apud WEISS, 2013, p. 6).

28 Idem. Ibidem, p. 34-35.

29 Idem. Ibidem, p. 35 (IBM, 2012).

30 O orçamento público divide-se em Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) e traça as previsões de receita e despesa para os anos subsequentes, respeitando-se a lei de responsabilidade fiscal. O Plano Diretor é o instrumento de fixação de diretrizes da política de desenvolvimento urbano. O licenciamento é o procedimento administrativo, pelo qual a autoridade autoriza a localização, instalação, ampliação e a operação de um empreendimento nas esferas ambiental, sanitária, segurança e urbanística. A *tecnologia* é uma ferramenta importante de unificação e harmonização das três questões supra referidas.

5. Dialética Porto-Cidade em Paranaguá

O Pacto Global da ONU é uma iniciativa política estratégica para empresas, entidades civis e governos que estão empenhados em alinhar suas operações e estratégias aos dez princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, com vistas à implementação de práticas de sustentabilidade e catalisação de ações de apoio a objetivos mais amplos da ONU, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

O Programa Cidades, por sua vez, é o componente urbano do Pacto Global da ONU, que reconhece que cidades, em particular, têm o potencial de fazer grandes avanços na criação de sociedades sustentáveis – nas quais questões econômicas, ecológicas, políticas e culturais são integradas e trabalhadas em conjunto, com todos os níveis de governo, empresas e sociedade civil para aumentar a sustentabilidade, resiliência, diversidade e adaptação das cidades em face dos complexos desafios urbanos. O Estado do Paraná e os Municípios de Antonina, Morretes e Paranaguá aderiram ao Programa das Cidades e, por consequência, possuem o dever de pautar suas políticas públicas nos objetivos de desenvolvimento sustentável e nos dez princípios universalmente aceitos, inclusive a preservação ambiental e o combate à corrupção.

A 2ª Promotoria de Justiça, da Comarca de Paranaguá e a Coordenadoria Regional da Bacia Litorânea, do Ministério Público do Paraná expediram a Recomendação Administrativa nº 003/2015, com o objetivo de regularizar a situação dos licenciamentos integrados dos Terminais de Cargas, Públicos ou Privados, Operadores Portuários e Transportadores, que atuam na Poligonal Portuária, especialmente nos aspectos ambiental, urbanístico, sanitário e de segurança; fomentar a estruturação do “Portal da Comunidade”, com a disponibilização das informações acima e a implementação do Sistema de Identificação, Rastreamento e Autenticação de Mercadorias, denominado Brasil-ID³¹, baseado no emprego da tecnologia de Identificação por Radiofrequência (RFID), e outras acessórias integradas para realizar, dentro de um padrão único, a Identificação, Rastreamento e Autenticação de mercadorias em produção e circulação nos Portos de Paranaguá e Antonina, fornecendo a regulação e a orientação necessárias a integralidade da comunidade portuária.³²

No complexo portuário da APPA, existem 11 (onze) terminais, sendo 01 (um) público e 10 (dez), entre arrendados e privados, 06 (seis) berços de atracação, com capacidade de ensilagem de 1.426.500 toneladas estáticas e 10 (dez) *ship loaders*, com capacidade de movimentação variando entre 800 e 1.500 t/h.³³

Anualmente, observa-se um movimento crescente de veículos de carga, transitando no município de Paranaguá, tendo procedências diversas, de todo o território nacional, em decorrência da infraestrutura portuária, para despacho e recepção de mercadorias, verificando-se um imenso tráfego de veículos, dentro do município, que causa impactos diretos ao meio ambiente e à sociedade da região, cujos cidadãos vulneráveis, convivem com a insuficiência de segurança pública, insalubridade sanitária e graves riscos ambientais, face aos tipos de mercadorias transitadas, a seus poluentes e resíduos, que se espalham de forma descontrolada pela região.

A Autoridade Portuária, por conseguinte, possui um papel fundamental de contribuição na melhoria da gestão da cidade e de prevenção, mitigação e compensação dos impactos ambientais e urbanísticos.

Este projeto é piloto de tecnificação de portos no Brasil e visa trazer benefícios como a diminuição do ciclo do tempo da descarga, aumento do número de viagens do caminhão, melhoria do controle e da confiabilidade dessa cadeia. Desta forma, a Autoridade Portuária pode organizar o fluxo de caminhões por saber a sua localização exata, o que permite a redução do tempo na fila de entrada e saída do porto, o que congestiona a cidade. Posteriormente, deve-se desenhar uma *plataforma* modelo sobre rastreamento e controle na descarga de produtos, o que melhora a operação do porto, reduz o tempo e o impacto negativo na mobilidade municipal. O projeto, contudo, exige a atuação ética da comunidade portuária e a **colaboração de todos aqueles que possuem negócios ou trabalho no porto, para sua adequada implementação e fiscalização.**

31 Brasil ID. A Lei Complementar nº 121/2006 criou o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, a partir do qual se verificou a possibilidade de utilização de tecnologia para o controle mais eficiente destes aspectos, padronizada e aprovada, junto a órgãos governamentais, que buscam a efetiva fiscalização do movimento de cargas, bem como uma melhor gestão e controle do tráfego de veículos, propiciando a agilidade dos processos logísticos, reduzindo os tempos de espera, carga, transporte e descarga de mercadorias e os custos operacionais, bem como ampliando a fiscalização pública. O Sistema de Identificação, Rastreamento e Autenticação de Mercadorias, denominado Brasil-ID, foi instituído através do Convênio ICMS nº 12/2013, e do acordo de cooperação técnica, firmado em 31 de agosto de 2009, entre o Ministério da Ciência e Tecnologia, a Receita Federal e os Estados da União, por intermédio de suas Secretarias de Fazenda, que se baseia no emprego da tecnologia de Identificação por Radiofrequência (RFID), e outras acessórias integradas para realizar, dentro de um padrão único, a Identificação, Rastreamento e Autenticação de mercadorias em produção e circulação pelo país, projeto coordenado pelo Centro de Pesquisas Avançadas Werner von Braun, em conjunto com o ENCAT. Firmou-se, então, o Convênio ICMS nº 12/2013, que implementou o Sistema de Identificação, Rastreamento e Autenticação de Mercadorias, ou Sistema Brasil-ID, criado com a finalidade de desenvolver e implantar uma infraestrutura tecnológica que garanta a identificação, o rastreamento e a autenticação de mercadorias em circulação no país, com o intuito de padronizar, unificar, integrar, simplificar, desburocratizar e acelerar o processo de produção, logística e de fiscalização de mercadorias. Publicou-se ainda a Nota Técnica nº 2013/001.

32 Ademais, no que tange especificamente à implementação de projetos inteligentes, a APPA, então, abriu procedimento licitatório, o pregão presencial nº 186/2016, para contratação de empresa especializada para o fornecimento e implantação de solução de OCR (Optical Character Recognition), automação das vias de acesso (cancelas, displays alfanuméricos, semáforos) aos recintos alfandegados da APPA, antenas leitoras de dispositivos RFID (Radio-Frequency Identification) para atendimento do Programa Nacional de Identificação (Brasil ID), incluindo toda a infraestrutura elétrica e lógica, manutenção preventiva e corretiva, treinamento, assistência e suporte técnico durante o prazo de vigência do contrato. A cidade de Paranaguá recebeu doação de um projeto israelense de *Cidade Inteligente* e de modernização da segurança pública (Projeto Conceitual de Gestão e Monitoramento de Segurança Inteligente). Disponível em: <http://www.paranagua.pr.gov.br/noticias/noticia9846.html>. Acesso em: 18.06.17.

33 DELIBERADOR, Lucas Rodrigues (RESUP/UFGD), REIS, João Gilberto Mendes dos (RESUP/UFGD), MACHADO, Sivanilza Teixeira Machado (RESUP/UFGD), OLIVEIRA, Rone Vieira Oliveira (RESUP/UFGD). Análise para eliminação das perdas no transporte de soja. IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão.

Disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=161>. Acesso em: 23.04.2014.

Em síntese, o programa, ao aliar tecnologia, mobilidade e administração fiscal corrobora os *princípios da eficiência, publicidade e transparência* (art. 37, da CF), ao observar a necessidade de melhorias nos processos de planejamento, controle e fiscalização das operações portuárias e da melhoria da qualidade dos dados e informações prestadas pelos operadores portuários (Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011).³⁴

Tendo em vista as discussões acerca da Revisão do Plano Diretor de 2017, o Ministério Público do Paraná firmou termo de ajustamento de conduta com o Município de Paranaguá com o objetivo de organizar a revisão do Plano Diretor e a sua interligação com o planejamento estratégico municipal.

Neste espectro, o Município comprometeu-se a implantar e manter para uso contínuo e permanente, o *Sistema de Informações Geográficas Municipais de Paranaguá (SIG Paranaguá)*³⁵, assim entendido como a principal base de dados georreferenciados para a Gestão Pública Municipal, nos termos da Portaria nº 511/2009, do Ministério das Cidades, e contendo, no mínimo, arquivos *shapefiles* (dados espaciais vetoriais e alfanuméricos), imagens de satélite, e aerofotos, e outros geodados de interesse, dos referidos temas de interesse público e Gestão Eletrônica de Documentos (GED), das seguintes áreas: fundiária; ambiental; sistema de mobilidade e transporte; patrimonial; licenciamento integrado e documental.

O termo de ajustamento de conduta prevê ainda a criação de Setor de Planejamento Estratégico para atuar como Escritório de Projetos (Project Management Office – PMO) do Município de Paranaguá e gerenciar o planejamento estratégico e as informações das diferentes secretarias do município, tendo como escopo contribuir com o planejamento, execução, controle e monitoramento dos projetos estratégicos municipais, por intermédio de uma estrutura matricial, que vise à melhor alocação de recursos para prestação dos serviços públicos, ao menos, em quatro segmentos: (i) gestão de receitas (IPTU, ISS, ITBI, dívida ativa, multas, licenças, alvarás, autorizações e reestruturação de processos de trabalho); (ii) gestão de pessoas (despesas correntes das secretarias, reestruturação do processo de compras e custos, capacitação da equipe e plano de carreira); (iii) gestão de geoinformações e (iv) gestão de projetos estratégicos, visando à melhoria da eficácia da gestão pública.³⁶

6. Smart Cities PMO

O texto apresentou a *dialética* entre a cidade real insustentável e a cidade inteligente, que pode ser construída como forma de melhor articulação interinstitucional, melhoria da participação popular e utilização dos benefícios da tecnologia para o aumento da qualidade de vida dos cidadãos. As políticas públicas são geridas pelo Estado que, por sua vez, deve conduzir sua atuação através das leis e planos orçamentários.

Neste sentido, propõe-se a criação de um Escritório de Projetos (PMO) para implementação de projetos de Smart Cities, cujos objetivos são: (i) fornecer as condições tecnológicas da cidade; (ii) dar suporte às cidades para se envolver como uma cidade inteligente e compartilhar necessidades e interesses; (iii) catalogar e viabilizar soluções tecnológicas; (iv) assegurar reconhecimento nacional e internacional; (v) assegurar a sustentabilidade das iniciativas inteligentes; (vi) articular as entidades públicas e privadas; (vii) encorajar e engajar negócios e (viii) divulgar os projetos.

Desta forma, o Escritório de Projetos de Cidades Sustentáveis e Inteligentes, embora gerido pelo Poder Público, regional ou (inter)municipal, tem como substrato a articulação entre instituições do governo e da sociedade civil, a partir da realização de termos de cooperação, convênios e consórcio.³⁷

A fonte dos recursos e dos projetos poderia vir de investimentos públicos e privados, bem como a partir de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias dos licenciamentos ambientais e urbanísticos. Nada impede, contudo, a estruturação do escritório por uma organização da sociedade civil, que trabalharia em parceria com o Poder Público. Em razão do escopo, do interesse e dos recursos públicos, o trabalho seria fiscalizado pelo Ministério Público e Tribunal de Contas.

O escritório precisaria contar com uma Secretaria e uma equipe fixa mínima de trabalho, com contratações de recursos humanos variando de acordo com os projetos a serem desenvolvidos. Indispensável o desenho, estruturação e aquisição de uma plataforma padronizada tecnológica de planejamento, monitoramento, condução, controle e integração das atividades necessárias ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

No caso do litoral paranaense, o escritório poderia ser localizado no Município de Paranaguá, em razão de sua confluência regional e gerido, regionalmente, pelo *pool* dos Municípios ou pela Autoridade Portuária, especialmente por conta do

34 Brasil ID. Disponível em: <http://www.brasil-id.org.br/index.php/home>. Acesso em: 15.12.2016.

35 Lei Municipal nº. 060/2007, artigos 124 a 127.

36 A cidade de Paranaguá recebeu doação de um projeto israelense de Cidade Inteligente e de modernização da segurança pública (Projeto Conceitual de Gestão e Monitoramento de Segurança Inteligente). Disponível em: <http://www.paranagua.pr.gov.br/noticias/noticia9846.html>. Acesso em: 18.06.17.

37 Em Santa Catarina, criou-se o Consórcio Intermunicipal Catarinense – CIMCATARINA é um Consórcio Público (Lei Federal nº 11.107/2005), constituído na forma de Associação Pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica interfederativa, que desenvolve programas como: Programa Intermunicipal de Gestão de Recursos Hídricos – PROHIDRO, Programa Integrado de Ações de Proteção e Gestão do Meio Ambiente – PROAMA, Programa de Gestão do Sistema de Iluminação Pública – PROILUMINA, Programa de Licitações Compartilhadas – PROLICITA. Disponível em: http://www.cimcatarina.sc.gov.br/cms/upload-images/documentos/648_1.pdf. Acesso em: 18.06.17.

imenso impacto da atividade portuária na região costeira e da necessidade de união de esforços da comunidade empresarial portuária para melhoria das cidades, tendo em vista a assimetria entre o PIB per capita gerado, a renda real da sociedade e a péssima qualidade de vida dos cidadãos.

O escritório precisaria desenvolver uma metodologia de gestão de portfólio de projetos de Smart Cities, articulada pelos Municípios do Litoral do Paraná, com a necessária capacitação dos recursos humanos. Além disso, importante a aquisição de tecnologia de gerenciamento de projetos utilizada em comum pelos Municípios, uma plataforma de acervo, organização e transparência dos documentos, projetos e resultados e um painel gerencial de projetos por meio, por exemplo, de ferramenta de Business Intelligence.

Dois blocos de *desafios* se apresentam, todavia: (i) *gestão*: a gestão ineficaz, má alocação de recursos, improbidade administrativa e *corrupção*, o grande câncer do país e (ii) *cultura*: a inexistência da cultura de planejamento e gestão de projetos, nos Municípios do Litoral do Paraná.

O escritório, assim, seria responsável pelo Planejamento Estratégico Regional, desenvolvimento da metodologia de escolha dos projetos, busca de mecanismos de financiamento dos projetos, definição de projetos estratégicos regionais e/ou municipais e implementação da *Plataforma BE Smart*, com articulação entre negócios (*business*) e governança ambiental (*environmental governance*) inteligente.

III. CONCLUSÕES

“Ó caminho de vida nunca certo: Que aonde a gente põe sua esperança,
Tenha a vida tão pouca segurança! No mar tanta tormenta, e tanto dano,
Tantas vezes a morte apercebida! Na terra tanta guerra, tanto engano,
Tanta necessidade aborrecida! Onde pode acolher-se um fraco humano,
Onde terá segura a curta vida, Que não se arme, e se indigne o Céu sereno
Contra um bicho da terra tão pequeno?”

(Luiz de Camões. Os Lusíadas, Poema Épico, CVI)

Indagou-se, inicialmente, acerca da possibilidade de se implementar um PMO para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities no Litoral do Paraná e observou-se diversos *desafios*, como a inexistência de uma plataforma padronizada de planejamento, monitoramento, condução, controle e integração das atividades necessárias ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável e de uma cultura de planejamento e gestão de projetos, nos Municípios do Litoral do Paraná.

O suporte dos governos municipais e regionais, inclusive dos conselhos paritários, e da sociedade civil é fundamental para a execução do projeto. Embora os recursos financeiros sejam um desafio, a riqueza produzida em Paranaguá, *se legalmente utilizada*, aliada ao monitoramento das condicionantes dos licenciamentos ambientais e urbanísticos tornam possível e exequível a implantação de um Escritório de Projetos, o que, inclusive, economizaria recursos, pois se verifica a sobreposição de iniciativas de diversos setores públicos e empresariais e a absoluta ausência de uma memória tecnológica capaz de armazenar todo o planejamento e todos os estudos, relatórios, planos e programas, já financiados e realizados no litoral do Paraná.

Portanto, ao invés de despender recursos com os mesmos serviços, estes podem ser rateados entre os diversos entes municipais e regionais, especialmente considerando o impacto sinérgico dos danos ambientais na Bacia Hidrográfica Litorânea, desenhada entre a Serra do Mar e a zona costeira.

O PMO tem ainda uma função de prestar contas (*accountability*) e fornecer transparência aos projetos desenvolvidos, além, é claro, da realização de auditorias e fiscalização pelo Tribunal de Contas e Ministério Público. Podem contribuir sobremaneira com a melhoria da comunicação e integração entre os municípios, o Comitê de Bacia Hidrográfica, Conselhos Regionais, Conselhos Municipais e Conselhos Gestores de Unidades de Conservação.

Conclui-se, portanto, que embora *seja* possível a implementação de um Escritório de Projetos – PMO, para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities, no Litoral do Paraná, isto exige uma transformação cultural e a profunda união de esforços institucionais, organizando-se a sociedade civil, as organizações não governamentais, a comunidade empresarial e acadêmica, bem como percebendo-se as necessidades da população, inclusive das comunidades tradicionais e tribos indígenas e adotando-se uma postura ética de combate à corrupção.

O trabalho tratou acerca da implementação, desafios, benefícios e melhores práticas de um Escritório de Projetos (PMO) para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities no Litoral do Paraná, indagando qual seria a metodologia de instituição e as fontes de recurso, assim como a responsabilidade sobre a sua gestão. Reflete sobre de que forma a tecnologia poderia melhorar a qualidade de vida da população e, por conseguinte como os projetos do PMO poderiam contribuir com a governança sustentável das cidades, a partir dos diagnósticos, dificuldades e possibilidades de cada município e da articulação dos *stakeholders* envolvidos no processo. Em seguida, trata do conceito de Smart Cities e a perspectiva de sua implementação, por intermédio do Escritório de Projetos, no Litoral do Paraná, com articulação entre negócios e governança ambiental inteligente.

ADITIVO:

Em conclusão, a proposta deste trabalho é a implementação de um **Escritório de Projetos** – Project Management Office – PMO, para gestão de projetos de Cidades Inteligentes e Sustentáveis – *Smart Cities*, por região, como a Bacia Hidrográfica, a partir do aprofundamento da interlocução entre os diversos *stakeholders* envolvidos, em contínuo conflito na relação desigual, especialmente, em locais com grandes empreendimentos de infraestrutura, como portuários. O escritório, portanto, poderia catalisar diversos **projetos**, especialmente aqueles focados em inovação tecnológica, a partir de uma plataforma interativa, com maior conexão entre as pessoas e o seu espaço.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCAUI, André (Org.). *PMO. Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

BIESEK, Ana Solange. Indicadores dos ativos intangíveis na gestão de portfólio, projetos e processo. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016.

BRASIL ID. Disponível em: <http://www.brasil-id.org.br/index.php/home>. Acesso em: 15.12.2016.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Frederico Ozonam Pessoa de Barros (2006). São Paulo: Editora das Américas S.A, 1961, p. 195. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em: 01.11.2016.

DA SILVA, André Koide. *Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 15.12.2016.

DELIBERADOR, Lucas Rodrigues (RESUP /UFGD), REIS, João Gilberto Mendes dos (RESUP/UFGD), MACHADO, Sivanilza Teixeira Machado (RESUP/UFGD), OLIVEIRA, Rone Vieira Oliveira (RESUP/UFGD). Análise para eliminação das perdas no transporte de soja. IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão. Disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=161>. Acesso em: 23.04.2014.

ECOPOINTS Network. Disponível em: <http://www.ecoport.com/>. Acesso em: 15.12.2016.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição *standard* brasileira, v. XXI. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

IBGE 2010. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 29.07.2016.

LEITE, Carlos e AWAD, Juliana di Cesare Marques Awad. *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável Num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

NIGRO, Carlos Domingos. *(In)Sustentabilidade Urbana*. Curitiba: Ibpe, 2007.

PMI – Project Management Institute. *Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos*. 5ª edição. Newton Square, 2013.

PORT OF LONG BEACH - Green Port Policy. Disponível em: http://www.polb.com/environment/green_port_policy.asp. Acesso em: 15.12.16.

POSTAL, Mateus; ANJOS, Patrícia de Macedo; BRENNER, Rafael; SILVA, Wanderley Marinho da. Gestão de Portfólio de Projetos, para Implantação de Smart Cities. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016.

*FLAGRANTE DESVIO DE FINALIDADE
NO ATO ADMINISTRATIVO COMO
EVIDÊNCIA DO DOLO PRESUMIDO DO
ADMINISTRADOR PÚBLICO¹*

RUTH ARAÚJO VIANA²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Penal e Processual Penal e em Direito Constitucional pela Universidade Entre Rios Piauí. Aluno da Pós-graduação de Estado de Direito e Combate à Corrupção na Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins (2014) E-mail: ruthviana@mpto.mp.br.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

O Brasil sofre o amplo processo de desconstrução e construção de paradigmas sobre o controle dos atos administrativos emanados do Poder Público no cenário de combate à corrupção. Finalmente a batalha contra a corrupção ganha um apoio social ativo e, assim, novos fundamentos são introduzidos no direito para fins de melhor fiscalizar atos administrativos eivados de desvio de finalidade pública.

O exercício do controle efetivo dos atos administrativos corruptos exige uma análise apurada do que é interesse público. Para isso, a elaboração de um trabalho com base científica é necessário para se entender e distinguir um ato administrativo que não alcança o interesse público. Neste sentido o presente trabalho irá elucidar em que consiste o interesse público, enaltecendo o interesse público denominado primário por ser este legitimador do Estado Social e Democrático de direito.

Também elucidará sobre em que consiste os atos ímprobos, focalizando, em caráter exemplificativo, na natureza de alguns deles a partir das provas da ilegalidade qualificada do administrador público, de modo a ressaltar a importância sobre a construção de um novo raciocínio jurídico sobre o dolo dos gestores públicos, permitindo a concretização do controle mais eficaz dos atos administrativos.

O objetivo é criar um novo entendimento jurídico de que nos casos em que for flagrante a constatação de que o ato administrativo não tem finalidade pública, há presunção absoluta de ato ilegal e presunção do dolo do administrador, caracterizando corrupção administrativa.

2. A FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública tem como finalidade essencial alcançar o interesse público. Ela é a incumbida de produzir atos de gestão que determinarão obras, serviços, construções, entre outras políticas públicas, com o objetivo de melhorar a qualidade dos recursos colocados à disposição da coletividade, e ainda, o desenvolvimento político, econômico e cultural da sociedade.

A proposta da Administração Pública, pelos atos específicos autorizados por lei, é a de atingir os fins que lhe deram razão de existência. O ato administrativo é, portanto, uma manifestação de vontade, declaração jurídica e específica expedida no exercício da função pública a favor dos particulares para alcançar o interesse público de forma a delimitar e determinar seus direitos e deveres, criando certezas jurídicas na relação entre Estado e o indivíduo. Nos dizeres de Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprios. (MEIRELLES, 2004, p. 147)

Todo ato administrativo deve possuir uma finalidade e esta sempre será o interesse público. Assevera Gasparini que a finalidade “É o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo” (GASPARINI, 2006, p. 64). O doutrinador Carvalho Filho explica:

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 114)

A finalidade será sempre o interesse público e não pode o administrador dar ao ato qualquer finalidade diversa. É, por isso, um requisito vinculado. Neste requisito de validade, ao contrário de todos os outros elementos, não há exceções, pois sempre se deverá proteger uma razão relacionada a um bem jurídico público relevante.

Entender o conceito de interesse público é o primeiro passo para que o gestor público possa concretizar os interesses sociais. O interesse público não é somente o interesse do Estado. O interesse público, primordialmente, é o direito indisponível e necessário ao cumprimento do Estado Democrático de Direito que tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, ao haver conflito entre o interesse do Estado e o interesse social deve-se prevalecer este último. Neste diapasão, o interesse público é tudo aquilo que visa satisfazer a necessidade pública insculpida como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

A autoridade ao cometer ato que não tenha como pretensão alcançar o interesse público pratica conduta eivada de vício de finalidade. Este é um defeito ideológico, caracterizador de um vício na vontade do agente público que o pratica.

Portanto, o desrespeito a esse elemento acarretará abuso de poder do agente público, caracterizando vício na finalidade e por muitas vezes também gerará vício no motivo, pois a maioria das pretensões desviadas pelo administrador são mascaradas pelo motivo que este apresenta.

A ilegalidade do ato administrativo referente ao elemento finalidade, pode existir através do desvio de finalidade do administrador público ou do seu excesso de poder. Essas duas espécies compõem o gênero denominado abuso de poder.

O excesso de poder acontece quando o agente competente ultrapassa os poderes que lhe foram incumbidos, exercendo ações que estão fora de suas atribuições. Já o desvio de finalidade existe quando o administrador pratica atos que não possuem finalidade pública específica, ou seja, desvirtuam-se dos fins objetivados por lei com o intuito de promover fins particulares ou de terceiros.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que o requisito finalidade do ato administrativo encontra-se diretamente ligado a três grandes princípios basilares da Administração Pública: supremacia do interesse público, indisponibilidade e impessoalidade.

No princípio da supremacia do interesse público o entendimento é de que este deve prevalecer em detrimento do interesse privado. Assim, o interesse que atende o anseio social é privilegiado em detrimento do interesse privado disponível e isolado.

Já no princípio da indisponibilidade do interesse público, declara-se que o agente público incumbido de zelar e buscar o interesse social não pode dispor desse interesse, pois este não pertence ao gestor, e sim a sociedade. Dessa maneira, o administrador público ao exercer delegação do poder estatal não pode se eximir de buscar concretizar o interesse público.

O mandato de otimização da impessoalidade defende que o administrador público não pode se utilizar das prerrogativas inerentes a sua função para alcançar interesse pessoal ou de terceiros específicos.

Denota-se destes três princípios basilares da administração pública que a finalidade é o elemento vinculado do ato administrativo e mediato que visa definir a busca pela satisfação do interesse público como perspectiva principal da atuação administrativa.

O Estado existe para o povo, devendo servi-lo e tornar possível a convivência pacífica em sociedade, garantindo a todos os cidadãos a satisfação plena com a atuação e gestão dos poderes públicos, sendo, portanto, imprescindível que o agente público entenda o que é o interesse público e vise em suas ações concretizá-lo.

3. CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA POR DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA

Corrupção é o ato humano voluntário, ativo ou omissivo, em que o agente para satisfazer interesse próprio ou alheio se afasta do comportamento ético ou viola o ordenamento jurídico ou o princípio da confiança, causando danos sociais, materiais e imateriais.

Neste artigo a corrupção administrativa é tratada com uma acepção estrita no âmbito cível, sendo conceituada como o ato de improbidade administrativa praticado por agentes públicos e terceiros cujas sanções estão descritas pela Lei 8.429 de 1992.

Note-se que no ato de improbidade o administrador público se prevalece da sua função para satisfazer interesse pessoal com a proteção dada pelo Estado, pois todo ato administrativo emanado de agente público tem presunção de veracidade, tornando mais difícil o controle dos atos administrativos.

Contudo, nem todo ato ilegal é ato de improbidade. A improbidade para ser caracterizada tem que ser qualificada pelo intuito malicioso do agente no agir. Assim, a mera transgressão da legalidade não resulta em ato de improbidade, sendo necessário provar o dolo do agente e culpa nos casos de danos ao erário público. Este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (*on line*):

Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante 13 do STF. A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. **A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo**

a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992). A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *on line*, REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014, grifo nosso).

Todo ato administrativo precisa por sua essência se destinar a concretização de um interesse público. Assim, lógico é afirmar que o ato emanado do Administrador Público que não vise o interesse público nada mais é do que a apropriação indevida da competência administrativa para o alcance de um interesse pessoal e, portanto, um ato corrupto.

Não se pode afirmar que um ato que não vise o interesse público pode ser confundido com má gestão, pois a má gestão exige do administrador um erro no planejamento ou execução do ato administrativo, enquanto o ato desviado de sua finalidade precípua já nasce nulo e viciado de ideal pessoalizado.

O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, determina que os agentes públicos só podem fazer aquilo que a lei determina. Portanto, todo administrador público na execução de um ato público deve agir em subordinação à lei. Por essa razão, os atos administrativos, em regra, são dotados de presunção de legitimidade ou legalidade que garante sua validade desde a origem, ou seja, traz em si uma presunção de que o ato está de acordo com as normas legais até que exista prova em contrário.

Segundo Carvalho Filho (2009), o fundamento primordial para essa característica é que o agente estatal age em prol da sociedade e só poderia ele estar buscando o interesse público, assim, inseguro seria permitir que a sua legalidade pudesse ser questionada a qualquer momento. Deste modo, pode-se afirmar que a presunção de legitimidade é conferida aos atos administrativos para dar maior autonomia e celeridade na condução da *res* pública. Utilizando-se desse raciocínio, pode-se aferir que até que se prove o contrário os atos administrativos deverão ser considerados legítimos, legais e verídicos.

Cumpra mencionar, contudo, que essa presunção não é absoluta, uma vez que se for provado que tal ato não atende às finalidades públicas ou está de encontro com as determinações legais ele poderá ser revisto, cabendo o ônus da prova àquele que alega a ilegitimidade, a ilegalidade e não veracidade do ato, geralmente, o administrado e respectivos órgãos de controle.

Neste sentido é que no manejo de um procedimento de controle dos atos administrativos exige-se do fiscalizador a prova de que o ato é ilegal para declaração de sua nulidade. Geralmente essa prova é produzida através de uma análise documental e de depoimentos testemunhais, ou seja, passa pelo crivo do julgador que terá seu convencimento pautado na força da prova produzida em juízo.

Portanto, os órgãos de controle primeiro tentam provar a ilegalidade do ato, passando por um procedimento ordinário de produção de provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para fins de conseguir a sua anulação, para somente depois ajuizar a ação competente contra os administradores públicos que ordenaram e executaram o ato ilegal.

Seguindo este raciocínio, um ato administrativo ilegal para ser considerado também um ato corrupto e possivelmente imputar uma responsabilidade pessoal ao Administrador que o elaborou exige que se comprove o dolo de sua conduta³. A consciência e vontade do administrador que praticou o ato são, portanto, analisados para fins de aferir o ato de corrupção administrativa. Um critério bastante subjetivo para o julgador.

Em que pese a declaração de nulidade do ato administrativo em razão de sua ilegalidade, nem sempre esta decisão implicará na responsabilidade do administrador público que o ordenou ou executou. O pensamento tange a impossibilidade de que a ilegalidade pura da norma sirva como parâmetro para punição do administrador, gerando-se assim um tipo de responsabilidade objetiva.

³ No caso de dano ao erário a responsabilidade do administrador também pode ser por culpa.

Em outro passo, caso fosse primeiramente analisado no controle do ato se este visa atender o interesse público de imediato, seria possível fazer um controle objetivo dele, gerando prova *jure et de jure* de corrupção do administrador. O dolo neste caso seria presumido pela natureza do ato administrativo.

É evidente que nem sempre será possível aferir imediatamente que o ato administrativo não observa o interesse público. Entretanto, em casos de flagrante desvio de finalidade pública, a responsabilidade pessoal do administrador público que ordenou e executou o ato deve prescindir da nulidade judicial do ato, pois é possível afirmar que o dolo do administrador público é presumido.

4. NATUREZA DO ATO ADMINISTRATIVO COMO PROVA ABSOLUTA DO DOLO E CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A corrupção administrativa é a desvirtuação da atividade pública praticada por funcionários públicos e terceiros que se utilizam do poder estatal para alcançar pretensões pessoais. Existem três formas pelas quais a corrupção administrativa pode se operar na execução de um ato administrativo pelo gestor público.

Uma delas ocorre quando o agente público mascara a pretensão de um interesse social inexistente, ou seja, o ato aparentemente visa o interesse público, mas nunca alcançará este fim.

Outra delas ocorre quando o interesse público existe e o ato é ordenado para esta finalidade, porém a execução deste ato é instrumento para satisfazer o interesse pessoal do administrador, acarretando enriquecimento ilícito, danos ao erário ou violação dos princípios administrativos.

Estas duas primeiras hipóteses são as mais estudadas no âmbito da improbidade administrativa, pois o agente público simula licitude em sua conduta para cometer atos de corrupção administrativa.

Por último, a corrupção administrativa também pode ocorrer quando o administrador se utiliza de sua posição privilegiada para defender uma pretensão pessoal através do ato administrativo, abstraindo-se do princípio da impessoalidade e da supremacia do interesse público e, neste caso, é flagrante que não há interesse público a ser alcançado. Esta última hipótese é o objeto de estudo neste artigo para construção de um novo paradigma de controle dos atos administrativos flagrantemente ilegais.

A título de exemplo de um ato administrativo flagrantemente desviado de finalidade pública, segue a notícia da Globo.com publicada em março de 2017 (*on line*), informando que o Ministério Público do Paraná denunciou o ex-prefeito de Luiziana, município localizado no centro-oeste do Paraná, por ter se apropriado do único cilindro de oxigênio do Hospital local para usar em barril de chope em uma festa na sua residência.

O ato do ex-prefeito de Luiziana, no Paraná, é completamente ilegal em sua essência, já que desde a origem nunca visou finalidade pública e é flagrante a violação ao princípio da impessoalidade administrativa e da supremacia do interesse público. No caso, o ex-prefeito, prevalecendo-se do cargo, utilizou seu poder para desviar bem público de sua finalidade essencial e para servir a um propósito pessoal que nada se relaciona com utilidade pública.

O uso de bens públicos para fins particulares é alvo de constantes processos de controle pela autoridade ministerial para possível responsabilização do administrador que o determinou para satisfação de fins pessoais ou de terceiros. Quando essa utilização do bem público é flagrantemente desviada de sua finalidade, o ato é prova suficiente de corrupção administrativa, gerando a presunção absoluta do dolo do administrador público, sendo desnecessária qualquer análise subjetiva sobre a vontade e consciência do gestor público.

A utilização do bem público como se fosse bem de uso privado remete a uma Administração Patrimonialista em que os detentores do poder tinham como seus os bens do povo, não fazendo distinção entre a coisa pública e a privada.

No mesmo teor, segue decisão judicial condenando o ex-prefeito de Martinópolis-SP por realizar festa de Natal particular com verba pública. Nos autos do processo n. 0001567-76.2015.8.26.0346, o juiz assim decidiu:

[...] O princípio da legalidade é o princípio basilar de toda atividade administrativa, visto que o administrador deve atuar nos limites da lei, sendo princípio indispensável para a existência de um Estado de Direito. Na esfera administrativa, o princípio da legalidade adota o critério da subordinação à lei, o que difere da sua aplicação na esfera privada, que adota o critério da não contradição à lei. Na licitação, o princípio da legalidade impõe que o Administrador observe as regras contidas na Lei 8.666/93, por exemplo, a escolha da modalidade de licitação adequada, observância dos

requisitos de habilitação dos candidatos, deixar de realizar licitação apenas nos casos previstos em lei etc. [...] **Não se pode perder de vista, também, que não foram adquiridos bens e serviços essenciais, mas foram feitos gastos com locação de helicóptero, locução e compra de balas**, não havendo, em momento algum, qualquer fundamentação ou comprovação acerca da oportunidade e conveniência da contratação na forma realizada, o que se relevaria, caso tivesse sido elaborado o devido processo administrativo com a observância dos requisitos legais, mormente com relação às justificativas acima indicadas. Como visto, para todos os atos administrativos deve haver uma justificação prévia, ou seja, o porquê de não ter sido realizada a necessária licitação e o porquê da contratação de determinada empresa e não de outra qualquer. Sem tal justificação prévia para a dispensa ou inexistência da licitação o ato praticado será inválido ou invalidável devido à ausência de motivação, isso em razão do princípio da legalidade estrita a que está sujeita a administração pública, com já exposto. [...] **Nisso tudo, não há como afastar a existência de má-fé, pois o Prefeito/Vereador não estava lidando com dinheiro seu, mas dinheiro do povo (a não ser que sob escusável erro desconfiasse estar pagando tudo com seu próprio salário, o que parece não é o caso)**. Ademais, o segundo requerido confirmou que utilizou o helicóptero locado pela prefeitura, sendo “simples ‘carona’ de última hora”, o que não se pode aceitar. Não é crível, ainda, que gastando pouco mais de R\$ 200,00 em balas, o município conseguiria distribuir doces para crianças de três diferentes localidades, tudo levando a crer que se tratava de um único evento e não de dois. Também não é verossímil a alegação de que o segundo requerido só veio a saber da realização do evento da prefeitura no dia dos fatos, e que o primeiro requerido “que estava em sua caravana”, como parente (e não no evento que, como Prefeito, deveria estar promovendo), o convidou, “por educação ou retribuição”, para participar também do evento promovido pelo município que se iniciava às 9 horas da manhã. [...] (TJSP – *on line*, 2016)

Flagrante é a ilegalidade do uso do erário público para fins privados, no caso a realização de uma festa de Natal. Percebe-se da decisão judicial que não havia interesse público no ato realizado pelo ex-prefeito e isso justifica a condenação por improbidade administrativa.

Outro fato sujeito a reiterados controles pelo Ministério Público e Poder Judiciário dos atos da Administração Pública é a hipótese de publicidade para favorecimento pessoal do administrador público. O art. 37 § 1º da Constituição Federal assim determina:

Art. 37, § 1º, CF88 - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A Lei Maior prevê expressamente que atos de publicidade não poderão ser utilizados para fins de promoção pessoal do administrador público, exatamente porque todo serviço prestado pelo administrador é financiado pelo dinheiro público. Neste raciocínio é possível afirmar que o uso da verba pública para fins de promoção pessoal do administrador público que ordenou a obra ou o serviço público é um ato que por si gera presunção absoluta do dolo. Veja-se a seguinte apelação, julgada pela quarta câmara cível, processo da comarca de Tangará da Serra:

[...] A matéria agitada na Ação Civil Pública no 514/2008 circunscreve-se à prática de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, notadamente, pelo uso, em proveito próprio, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial do Município de Tangará da Serra. Trata-se da **infração administrativa prevista no art. 9º, inc. XII, da Lei no 8.429/92**.

[...] Na espécie, não há como negar que os Apelantes propagaram seus trabalhos, na condição de administradores municipais no período compreendido entre 1997 a 2000, mediante promoção pessoal, pois a divulgação das obras sociais realizadas no Município de Tangará da Serra durante esse interstício, assim como a entrega de materiais escolares e de congratulações natalinas, não se pautaram no caráter impessoal da publicidade.

É o que ressoa das provas coletadas pelo *Parquet*, notadamente pelas fotografias de fls. 27/28 e fl. 31, em conjunto com as notas de empenho e notas fiscais, as quais estão dispostas nas fls. 36/59.

[...] Anoto, por oportuno, que o fato de os Apelantes terem retirado seus nomes e fotografias dos outdoors, bolsas escolares ou calendários, não retira o caráter finalístico da improbidade administrativa.

Não é demais realçar que a mera inclusão de conteúdo, embora sutil, mas que possa identificar o governante, caracteriza publicidade pessoal ilícita. Ou seja, no instante em que existe a menor possibilidade de reconhecimento ou identificação da origem pessoal da publicidade há, sem dúvida, o rompimento da lisura desejada pelo constituinte, até mesmo porque, qualquer margem de abertura nesse princípio poderia ensejar exceções que levariam à completa inutilidade do dispositivo.

Em vista do exposto, tem-se que a publicidade dos atos governamentais perpetradas pelos Apelantes extrapolaram o limite da impessoalidade, caracterizando verdadeira promoção pessoal, que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do artigo 11 da Lei no 8.429/92, de modo que não há razão para reformar a sentença de 1o grau quanto à condenação dos Apelantes às penas do art. 9o, inc. XII, da legislação supramencionada, de modo que o erário deve ser ressarcido no montante de R\$15.749,00 (quinze mil setecentos e quarenta e nove reais), valor esse que está devidamente comprovado pelas notas de empenho e notas fiscais arroladas no processo, acrescendo-se ainda os juros moratórios e a correção monetária, tal como definido na instância singular. (- grifo nosso - Ação Civil Pública nº 514/2008 - APELAÇÃO Nº 12201/2010)

O contexto da decisão judicial exsurge-se contra o ato do administrador público que utilizou o patrimônio público para autopromoção. Esta é uma prática reiterada de corrupção administrativa que tem grande incidência nos municípios pequenos, em razão da baixa fiscalização sobre atos administrativos e confusão entre patrimônio público e privado.

A utilização de obras públicas com a indicação em cartazes, *outdoors*, veículos de rádio e outros para divulgar o nome do administrador responsável pela ordem da obra fere os princípios da impessoalidade e moralidade.

Outro ato que costuma ser rotineiramente utilizado pelos gestores públicos para pretensões ilícitas são as diárias. É comum o pagamento de diárias como despesas necessárias aos agentes públicos. As diárias têm natureza jurídica indenizatória e visam ressarcir o agente público das despesas não previstas, mas necessárias, que são efetuadas para a concretização do interesse público como o aperfeiçoamento ou execução da atividade-fim do administrador.

As diárias são essenciais para a continuidade e aprimoramento do serviço público e, por isso, justificam-se. Assim, o pagamento de diárias que não digam respeito ao interesse público, são atos flagrantemente ilegais. Neste raciocínio, certo é afirmar que o pagamento de diárias para administradores públicos para participação em festas e equivalentes sem caráter oficial é flagrante desvio de finalidade pública. Nesse sentido:

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO E VICE-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ALTO FELIZ. DIÁRIAS. PARTICIPAÇÃO EM EVENTOS RECREATIVOS DISSOCIADOS DO SUPERIOR INTERESSE PÚBLICO. DESVIO DE FINALIDADE. COMPROVAÇÃO.

1. Improbidade administrativa bem evidenciada no caso concreto, estampada na **realização de viagens para fora do Município para participação em atividades recreativas e de lazer realizadas em período de verão sem caráter oficial e sem efetivo interesse público, com percepção de diárias, em manifesto desvio de finalidade.**

2. Ação julgada procedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70063627178, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 25/05/2016).

O ato de ordenar o pagamento de diárias para frequentar locais dissociados de interesse público já demonstra a ilegalidade qualificada do administrador, não exigindo nenhuma outra prova sobre o fato para imputação de responsabilidade sobre o administrador que ordenou e/ou recebeu o pagamento.

Ainda, a ordem de despesa para pagamento de diárias exige previamente o motivo para a sua percepção, qual a finalidade pública a ser perquirida com aquele ato administrativo, de ordem que a autorização para pagamento de diárias sem a comprovação do deslocamento para exercício da atividade-fim que vise o interesse público também destaca a flagrante ilegalidade do ato administrativo e, conseqüentemente, do dolo do administrador público.

Também há flagrante corrupção administrativa na ordem para pagamento de diárias para frequentar cursos e outros que não digam respeito a atividade-fim do administrador. O pagamento de diárias é medida excepcional e só se justifica quando ordenado para cumprimento da atividade-fim do administrador ou seu aperfeiçoamento. Caso contrário, está se autorizando pagamentos indenizatórios extraordinários sem finalidade pública.

Não é razoável ordenar despesa para pagamento de diárias ao administrador público para participar de curso que não diga respeito a sua atividade funcional. Não há contribuição ao serviço público.

Para fins de aferir se o ato administrativo está destinado à finalidade pública e há ilegalidade qualificada, será necessário que o fiscal da ordem jurídica prove que o objeto do ato não tem interesse público, pois não resguarda direito fundamental essencial. Uma vez existindo flagrante constatação de desvio de finalidade social, este ato será suficiente para revisão judicial e punição do administrador que o exarou.

Em análise dos casos expostos, pode-se aferir que nenhum deles cumpriu os pressupostos básicos para refutarem a ilegalidade qualificada presumida: existência de interesse público.

Ante o exposto, quando a própria natureza do ato provar que este não tem interesse público a ser alcançado, será possível entender que o dolo do administrador que o ordenou e executou é presumido.

No caso, o dolo administrativo será presumido diante da constatação flagrante de objeto do ato destinado a fins não públicos, sem que haja necessidades de outras provas a não ser o próprio ato, denominando-se de ilegalidade qualificada presumida.

Por óbvio que este raciocínio não deseja implicar responsabilidade objetiva do administrador público, até porque, entender dessa maneira seria o mesmo que permitir processamento e punição às cegas.

Visa-se, na verdade, adequar a responsabilidade dos administradores públicos com a *res publica* impedindo comportamentos não éticos e propagação de desestímulo social nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

A responsabilidade objetiva difere da ilegalidade qualificada presumida pois naquela não há análise de dolo e culpa, enquanto nesta há aferição de dolo, porém ela é feita sob a análise do conteúdo do ato administrativo.

É um contrassenso exigir a comprovação de dolo do administrador quando o objeto do ato administrativo já é desvirtuado de finalidade pública. É pressuposto básico da função pública que o administrador saiba entender o conceito de interesse público e agir em sua conformidade.

Em outros atos administrativos, contudo, que se denote a necessidade de construção de outras provas, aí sim, será imperiosa a comprovação maliciosa do administrador público para fins de configurar a ilegalidade qualificada.

Objetiva-se com essa facilitação no controle de atos públicos flagrantemente ilegais reduzir a corrupção administrativa e conscientizar os administradores públicos da importância da condução do cargo com probidade a fim de que o Estado seja capaz de servir e cumprir os propósitos sociais nas expectativas exigidas.

Exigir a aplicação de dolo presumido no âmbito de procedimentos cíveis já é rotineiramente aceito pelos Tribunais Superiores por vias transversas no dano moral *in re ipsa*⁴ e considerando que a ação civil por ato de improbidade administrativa tem natureza cível, nada mais relevante do que aplicar este entendimento aos administradores públicos em casos cujo ato administrativo flagrantemente prove o desvio de finalidade pública.

Esta mudança terá dois aspectos relevantes e positivos. O primeiro deles fortalecerá o Estado Democrático de Direito ao introduzir ferramentas hábeis ao controle de atos administrativos.

A utilização do flagrante desvio de finalidade como prova *juri et de jure* de corrupção administrativa e presunção de ilegalidade qualificada do administrador público, facilitará a fiscalização e controle dos atos administrativos, pois não exigirá daquele que alega a ilegalidade do ato a produção de prova contra o ato, já que este em si mesmo é a prova necessária para deferimento do pedido de nulidade, bem como não exigirá que se adentre a esfera subjetiva da vontade do agente para sua possível responsabilização. Como já dizia Martins Júnior:

[...] não basta para o resgate e reincorporação dos valores éticos à Administração Pública somente a existência de leis [...] A efetiva proteção da observância de valores éticos e morais da Administração Pública começa, pois, por uma preservação eficaz desses valores, que deve ser alcançado por instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. (JÚNIOR, 2002, p. 10-11)

O segundo aspecto relevante e positivo é que servirá como modalidade de controle preventivo de atos de improbidade administrativa, pautando diretrizes de conduta proba ao administrador público e exigindo dele a ética e responsabilidade necessárias para administrar o patrimônio público.

Entender que atos administrativos que explicitamente não visam o interesse público são provas absolutas de corrupção é o mesmo que concretizar a possibilidade de dolo presumido na conduta do administrador público, gerando precedentes de boa-fé e impelindo gestão ética aos Administradores Públicos.

Essa análise de presunção absoluta dentro do procedimento de ação civil por ato de improbidade administrativa conferirá celeridade, maior rigor e controle na defesa do interesse social para a punição dos gestores públicos que se utilizam de sua posição privilegiada para atingir fim diverso do interesse público.

5. CONCLUSÃO

Dificultar o controle de atos flagrantemente ilegais praticados por administradores públicos enfraquece a democracia e o Estado de Direito. Se os mecanismos de defesa da democracia são mais frágeis do que os mecanismos de proteção dos detentores de poder, como será possível exercer o controle suficiente da improbidade administrativa e coibir atos de corrupção?

4 O dano moral *in re ipsa* também conhecido como dano moral presumido, decorre do próprio fato e não exige comprovação. Vários são os casos cuja jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica na concretização do dano moral presumido: inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, responsabilidade bancária por serviço deficiente, concessão de diploma não reconhecido pelo Ministério da Educação por instituição de ensino superior, entre outros. O reconhecimento do dano *in re ipsa* visa desestimular comportamentos abusivos por parte das empresas privadas que têm posição privilegiada face ao consumidor.

Não faz sentido ter que passar por todo um procedimento ordinário com o crivo do contraditório e da ampla defesa para declaração de nulidade do ato flagrantemente ilegal para que se possa perseguir a responsabilidade pessoal do administrador com possível imputação de sanção por improbidade administrativa quando a própria natureza do ato revela a ilegalidade qualificada do administrador.

Também não é o bastante poder controlar sem que esta fiscalização esteja munida de ferramentas hábeis ao controle efetivo e correção dos abusos praticados por administradores públicos no poder. De nada adianta poder processar se os meios para punir são insuficientes ou inadequados ou se apresentam lerdos em suas pretensões.

A concessão de poder sem controle efetivo é porta ampla de disseminação de corrupção administrativa e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Ainda, não há responsabilidade objetiva em entender que o administrador público que determina ato administrativo sem finalidade pública comete improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, pois todo agente público, precipuamente, ao servir ao Estado, tem que ter conhecimento do que é interesse público.

Atos completamente desvirtuados de finalidade pública que podem ser flagrantemente constatados, como os que atendem a vontade pessoal do administrador, são violadores de probidade administrativa. Portanto, introduzir a possibilidade de ilegalidade qualificada presumida é uma evolução no controle dos atos administrativos e que está alinhada aos princípios da Administração Pública, servindo como uma nova diretriz para a gestão ética e proba.

6. PROPOSTA DE ENUNCIADO

É possível o reconhecimento do dolo presumido nas ações de improbidade administrativa quando o ato emanado pelo administrador público é flagrantemente desviado de finalidade pública, sendo o próprio ato prova absoluta de corrupção administrativa.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso *on line* em : 01 de agosto de 2016.

_____. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 24 de março de 2017.

_____. **Globo.com**. MP denuncia ex-prefeito que desviou cilindro de oxigênio para usar em barril de chope. Disponível em: (<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/mp-denuncia-ex-prefeito-que-desviou-cilindro-de-oxigenio-para-usar-em-barril-de-chope.ghtml>)> Acesso em 01 de março de 2017.

_____. 0001567-76.2015.8.26.0346 - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0001567>>. Acesso em 03 de abril de 2017.

_____. **Lei 8.429/92**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 29 de março de 2017.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo Didático**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8 ed. Rev. Atual. Editora Saraiva, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUNIOR, João Cândio de Mello. O conceito polêmico de interesse público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275672471.pdf. Acesso em: 22 de março de 2017, n. 39, p. 285 a 330.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Probidade administrativa**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2ed. 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 5 ed. Revista e atual. Editora atlas. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

*IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DOLO
PRESUMIDO EM OMISSÃO REITERADA DO
GESTOR COMPETENTE PARA ESTRUTURAÇÃO
DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE¹*

CELSIMAR CUSTODIO SILVA²

RUTH ARAÚJO VIANA³

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins, titular da 1ª Promotoria de Justiça de Tocantinópolis, com atuação na área da Probidade Administrativa e Defesa da Saúde. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Agrário pelo CESUPA - Centro Universitário do Estado do Pará. E-mail: celsimarsilva@mpto.mp.br:

3 Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins (2014). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Penal e Processual Penal e em Direito Constitucional pela Universidade Entre Rios Piauí. Aluno da Pós-graduação de Estado de Direito e Combate à Corrupção na Escola Superior da Magistratura Tocantinense. E-mail: ruthviana@mpto.mp.br.

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Um dos maiores problemas do serviço público brasileiro é a omissão na prestação dos serviços que lhe são inerentes. Há duas formas de omissão: a omissão culposa, em que o agente, por descuido, deixa de prestar serviço efetivo, e a omissão dolosa quando o agente, mesmo tendo conhecimento da deficiência na prestação do serviço público se omite na execução de seu serviço.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a omissão do agente público competente pela estruturação do órgão responsável pela prestação e controle da aplicação de direito fundamental é doloso quando este, mesmo ciente da inabilidade do órgão em seu serviço fim, se omite em equipá-lo de forma efetiva ou não exerce ato idôneo para tentar sanar esta deficiência.

O direito à saúde, além de direito fundamental à dignidade da pessoa humana, é direito cuja Constituição Federal prevê aplicabilidade imediata a ser garantido pelo Estado Social. Assim, na omissão da estruturação adequada e eficiente para a atuação do Conselho Municipal de Saúde na execução dos serviços que lhe são inerentes, ou seja, tutelar a plena prestação do direito à saúde, por meio de escolhas de políticas públicas sanitárias adequadas, prova-se a omissão dolosa do agente público competente pela estruturação deste órgão que poderá ensejar a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, diante do ferimento aos princípios administrativos constitucionais.

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E POSSIBILIDADES DE SANÇÕES

A improbidade é um ato praticado por agente público contra a Administração Pública direta ou indireta, e contra o patrimônio de entidade que recebe ou tenha recebido algum tipo de benefício de órgão público. Entende-se por agente público aquele que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”, *ex vi* do art. 2º da Lei 8.429/92.

O conceito de agente público, portanto, tem sentido amplo, para abarcar todo aquele que exerce a tutela estatal, visando garantir que todos aqueles que estejam gerindo uma prestação pública sejam passíveis de responsabilização dada a importância do patrimônio público. Essa previsão de responsabilização pode se irradiar para terceiros, ou seja, que estão fora da Administração, mas induzem, concorrem ou se beneficiam com a prática do ato ilegal, sendo assim também considerados sujeitos ativos do ato ímprobo.

A importância da probidade administrativa é prevista na Constituição Federal de 1988, inclusive defendendo a possibilidade de perda ou suspensão de mandatos políticos por atos de improbidade. O administrador que age com improbidade realiza corrupção administrativa. Essa corrupção promove desvirtuação do ordenamento jurídico e da função pública. As condutas que caracterizam a improbidade podem ser o enriquecimento sem causa, o dano ao erário e a violação aos princípios administrativos.

Exemplificadamente os atos administrativos ímprobos podem se consubstanciar em exercício nocivo da função pública, no tráfico de influências, nomeações privilegiadas, fraudes, engavetamento de processo, entre outros.

O ilícito de improbidade não tem natureza de ilícito administrativo, mas sim de natureza cível. Se o sujeito pratica ato de improbidade previsto na Lei 8.429/92 haverá uma ação judicial para processá-lo e para penalizá-lo, cujas medidas sancionatórias estão previstas no art. 12 da legislação em comento.

2. O CONSELHO DE SAÚDE PERANTE A SOCIEDADE E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Como dito alhures, o direito à saúde é um direito fundamental do cidadão, previsto na Constituição Federal e que deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas adequadas e satisfatórias às necessidades da comunidade. É um direito social de segunda geração que exige para a sua concretização uma ação positiva do Estado.

As políticas públicas de saúde que devem ser efetivadas pelo Estado, podem ser executadas diretamente pelo ente político ou através de terceiros, seja por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A constante transformação com que vem passando a sociedade, tem uma de suas vertentes na democratização, como forma de impulsionar os governantes a cumprir sua função principal que é o bem comum, dando ênfase ao interesse social indisponível. Nesse sentido, os Conselhos de Saúde, criados nos três níveis de Governo, funcionam como um dos grandes expoentes para a concretização dessa nova forma de gerenciamento da coisa pública.

É que, com a institucionalização dos Conselhos, obteve-se uma importante conquista para a democratização da política pública da saúde, mormente no âmbito municipal, pois amplia e diversifica o número de participantes no processo de tomada de decisões.

Essa democratização do sistema de saúde pública, desde a 8ª Conferência Nacional de Saúde -CNS, em 1986, foi pensada como um sistema de saúde universal, público e gratuito, sendo inaugurado no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Constituição Federal de 1988, vindo a tomar corpo com maior força e preponderância com a edição da Lei n. 8.080/90 (LOS – Lei de Organização da Saúde), e Lei n. 8.124/90, esta última que regulamenta os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde.

Assim, busca-se por meio desses instrumentos de democratização, uma efetiva participação social na tomada de decisões com as escolhas de políticas públicas que, de fato, venham a surtir efeitos na vida da população diretamente beneficiada, tornando a relação Estado/Sociedade, paulatinamente, mais próxima e responsiva, na medida em que cada vez mais cidadãos tem a oportunidade de participar, contínua e deliberadamente do arcabouço institucional no qual o processo decisório das políticas públicas é travado.

O CMS – Conselho Municipal de Saúde, tem como atribuição a participação no processo de formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Para tanto, devem promover, em reuniões ordinárias e periódicas, o debate sobre a política de saúde, num processo de caráter deliberativo do qual participam setores cujos interesses são diretamente afetados pela política da saúde: usuários do SUS, representados por entidades da sociedade civil, que detêm 50% das vagas e trabalhadores da saúde, prestadores de serviços e gestores que, juntos contam com os outros 50%.

Nesse compasso, para que haja um Conselho Municipal de Saúde forte e atuante, primeiramente, buscar-se-á o comprometimento dos seus atores políticos que detêm assento no Conselho, em especial a fatia dos 50% representantes dos usuários do sistema, dando-lhe condições mínimas de conhecimento sobre o tema discutido, para que haja influência positiva na tomada de decisões das políticas sanitárias a serem adotadas no caso concreto. Também a estruturação física e estrutural do CMS é de suma importância para o desempenho desse trabalho, servindo como verdadeiro incentivo aos membros do Conselho no desenrolar de suas atividades.

Partindo-se dessa perspectiva, não se deve olvidar a seguinte peculiaridade: a Secretaria Municipal de Saúde, que representa o Poder Executivo, além de ser o único ator cujas prerrogativas e obrigações legais exigem a participação em todas as etapas do processo decisório, é também responsável por promover condições adequadas ao funcionamento dos CMS, principalmente no que toca à infraestrutura, recursos humanos e financeiros.

Ora, o Secretário Municipal de Saúde cumulando o cargo de Gestor do Fundo Municipal de Saúde, *a priori*, é o responsável direto por essa estruturação do CMS, não se olvidando que, a depender da legislação específica de cada município, esse encargo é dividido com o chefe do Poder Executivo. Portanto, a partir dessa identificação dos sujeitos, começa a se desenhar a responsabilidade omissiva e dolosa do agente público na construção e efetivação dos Conselhos Municipais de Saúde, seja ele o Chefe do Poder Executivo local, seja o Secretário Municipal de Saúde, isso pela simples constatação de que um CMS forte, equilibrado e atuante, traz a imediata certeza para o Executivo Municipal de que os seus interesses pessoais não serão acatados pelo Colegiado, o qual, certamente, optará pela escolha de uma política sanitária mais benéfica à sociedade, já que se trata de uma decisão colegiada de caráter deliberativo a ser proferida pelo CMS.

3. AFERIÇÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E PROVA DE DOLO NA OMISSÃO DO GESTOR PÚBLICO NA PRESTAÇÃO EFETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, EM RAZÃO DA NÃO ESTRUTURAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE.

Na contemporaneidade brasileira, cada vez mais a sociedade se instiga a compreender o trabalho de gestão da coisa pública. Fato este inerente à preocupação social dos gastos públicos desnecessários e mal aplicados, políticas públicas insuficientes, e até mesmo dinheiro público desviado por atos de corrupção. Portanto, a Administração Pública é cada vez mais demandada a prestar serviços públicos com qualidade e transparência.

Qualquer ato de gestão exige compromisso e um ator dirigente. A gestão da *res publica* nada mais é do que a capacidade de administrar o bem público que almejará a concretização de um interesse público. O interesse público, como já estudado, pode atender inúmeras necessidades sociais que poderão ser menos ou mais requisitadas, porém todas necessárias.

A diferença primordial na gestão dos bens públicos reside no fato em que o seu ator dirigente, no caso o Administrador Público responsável pelo ato, não é o detentor da coisa, pois este só o administra para o melhor uso da sociedade. Assim, sua finalidade é interpor a relação entre Estado e sociedade, permitindo o fluxo de transformação dos anseios sociais e concretizando direitos fundamentais.

Como frisado antes, a gestão pública deve obedecer a vontade da norma, ter agente competente, atingir o fim do ato, da eficácia, da eficiência e, principalmente, buscar o interesse público primário, o bem comum social.

Eficiência, portanto, é um dever do administrador. A má gestão, por outro lado, resulta exatamente pela inabilidade de gerir, e conseqüentemente, afirma que o administrador ineficiente viola um princípio constitucional.

A gestão pública exercida dentro da prestação de um serviço público de natureza essencial, portanto, que visa concretizar o direito à saúde, à assistência social, à previdência social, à educação, ao meio ambiente, à segurança, é a que provoca maiores impactos diretos na avaliação de políticas públicas pela sociedade. Exatamente porque consistem em políticas públicas cujos serviços são exigidos todos os dias pela população e sua inadequada prestação viola, constantemente, direitos fundamentais dos cidadãos, concretizando o chamado Estado de coisas inconstitucional.

Afirmar que atualmente o Brasil vivencia uma Administração Gerencial não é só utópico como inverídico, pois embora seja previsto constitucionalmente, a eficiência do administrador pública para melhora contínua dos serviços públicos, há inúmeros entraves burocráticos a consecução deste fim. A percepção que se tem é que o administrador, embora saiba da necessidade de ser eficiente, ainda está fixado nos parâmetros burocráticos, buscando tão somente o alcance do interesse público em sua noção geral, ou seja, que todo ato da Administração visa o interesse público, sem se preocupar em obter resultados valorizados e esperados pelos brasileiros.

Para mudança deste problema sistêmico de direitos fundamentais previstos e não gozados, há necessidade de uma mudança de paradigma na gestão da coisa pública. Há uma soma de recursos públicos que, em tese, deveriam ser suficientes para a prestação adequada dos serviços públicos, porém a conta não bate, pois dinheiro é perdido na execução de serviços por má administração.

No caso em exame, os Conselhos Municipais de Saúde sofrem diretamente com essa falta de eficiência ou de má gestão do Poder Público local, havendo grandes limitações para a efetiva atuação do colegiado.

Dividindo-se em três grandes dimensões, poder-se-á dizer que o Conselho Municipal de Saúde, para que tenha um correto funcionamento, deverá atender com altos índices sua autonomia, organização e inclusividade. Na Autonomia, verifica-se a questão estrutural propriamente dita, tais como a inexistência de sede própria, equipe de apoio administrativo e dotação orçamentária; na Organização, avalia-se a periodicidade das reuniões, capacitação dos membros e a organização interna do Conselho; por fim, a inclusividade versa sobre o acesso dos demais membros ao presidente do Colegiado e a participação efetiva dos integrantes nas reuniões.

Não raro, os CMS não possuem sede própria, quando muito, tem disponibilizados para si uma pequena sala em algum prédio público, em outros, apenas se cede um espaço para as reuniões; também é comum não se ter computador, linha telefônica e acesso à internet; mais distante, ainda, é orçamento próprio voltado para as atividades a serem desenvolvidas pelos Conselheiros.

A periodicidade das reuniões do CMS é uma variante de grande relevo. Mas não basta apenas se fazer reuniões mensais com o fito único de registrar alguns fatos. É necessário que o Conselheiro saiba eleger prioridades nos temas abordado, além de ter conhecimento mediano de contabilidade e gastos públicos, para se cobrar e exigir do gestor do Fundo, uma atuação correta e proba. Isso é a capacitação buscada e necessária para o esmero funcionamento do Conselho. Não se pode olvidar que, valendo-se dessa falta de estruturação técnico-material, o Poder Executivo frequentemente tenta transformar o Conselho de Saúde em um espaço burocrático, restrito à aprovação de verbas, onde apenas se referenda as propostas apresentadas, não havendo possibilidade de que o exercício político deliberativo e, por conseguinte, o de representação de interesse de fato ocorra.

Ainda nessa trilha, urge a necessidade de um bom funcionamento das instâncias internas do Conselho, com um Regimento Interno moderno e resolutivo, uma mesa diretora ativa, secretaria executiva e formação de comissões temáticas.

Por fim, não menos importante, tem-se a acessibilidade e a relação existente entre o Presidente e os membros do CMS. Essa relação de cordialidade e real defesa do interesse das políticas públicas da saúde, em muitas das vezes, torna-se prejudicial quando a pessoa do Presidente se confunde com a do Gestor do Fundo Municipal de Saúde.

Tal assertiva se sustenta porque, em regra, o Presidente, como dirigente da pauta das reuniões, elegerá prioridades que podem ser conflitantes com o interesse social, prejudicando o verdadeiro espírito de democratização dos Conselhos de Saúde.

Em razão disso, tem-se objetivada mudanças legislativas no âmbito municipal para excluir o Secretário Municipal de Saúde/Gestor do Fundo, a ocupar o cargo de Presidente do Conselho Municipal de Saúde, como uma das grandes estratégias de fortalecimento do Colegiado.

Com efeito, a omissão na estruturação do Conselho Municipal de Saúde tende a torná-lo dependente dos interesses políticos oriundos do Poder Executivo local, inviabilizando um trabalho mais acurado no desdobramento de suas funções, como contratar auditoria, pesquisas e consultorias que lhe agreguem conhecimento técnico e de estabelecer relação diária com a população.

Se por um lado, as regras que regulam as relações institucionais no processo decisório da política municipal de saúde permitem que o CMS avance no caminho da inclusividade, por outro, cria reações contrárias dos que consideram o incremento da participação social um problema, o que lhes tolhe o caminho da liberalização.

No desdobramento dessa cadeia de pensamento, é certo que o gestor público que não oferece o mínimo de condições apropriadas para o bom andamento dos trabalhos a serem desenvolvidos pelo CMS, certamente está sendo ineficiente em seu mister e, por conseguinte, infringindo princípio de ordem constitucional, restando claro, por tais motivos, o dolo em sua conduta.

Ter o CMS no papel, criado por meio de lei municipal, com reuniões mensais, nem sempre significa que o gestor público (Prefeito ou Secretário de Saúde) está cumprindo com seu dever constitucional de ser eficiente na gestão da coisa pública, pois não raro funcionam apenas *pro forma*, deixando de ter efetividade na democratização social nas políticas públicas sanitárias.

A falta de preparo para a função de Conselheiro Municipal de Saúde fica explícito quando se verifica no dia a dia, de que quase todas as pessoas participantes dos conselhos afirmam não ter conseguido participar das discussões e questões trabalhadas durante as reuniões.

Questões dessa natureza, poderiam ser contornadas se no orçamento municipal houvesse, de fato e de direito, uma rubrica específica para o Conselho Municipal de Saúde e, dessa forma, pudesse investir na capacitação de seus membros.

3.1 – A PROVA DO DOLO DO AGENTE PÚBLICO PARA A SITUAÇÃO EXPOSTA

Segundo o Código Penal a culpa, como substrato do fato típico, antijurídico e culpável, somente é passível de aplicação caso haja previsão⁴. Seguindo esse raciocínio, o único ato de improbidade administrativa que admite culpa é aquele que causa danos ao erário, conforme norma expressa na Lei 8.429/92. Em que pese a improbidade administrativa tenha natureza cível e não penal esta é a regra aplicada pela jurisprudência pátria, que não reconhece, portanto, atos culposos no enriquecimento ilícito e na violação de princípios administrativos, evitando a responsabilidade objetiva do administrador.

A conduta culposa exige do agente a atuação por negligência, imprudência e imperícia, enquanto o dolo exige do agente a vontade e consciência do resultado.

Ocorre que, uma vez provocado pelo Ministério Público acerca das mazelas sofridas pelo Conselho Municipal de Saúde no tocante à impossibilidade de funcionamento adequado por falta de autonomia, organização e acesso, e, ainda assim o agente público (prefeito municipal ou secretário de saúde), queda-se inerte sem que nenhuma providência seja efetivamente tomada, passa-se a gerar a desnaturalização da negligência para configurar um dolo comissivo-omissivo, pois o agente devia e podia agir para evitar o resultado final: a falta de efetividade do colegiado.

Provar o elemento subjetivo da conduta do agente público que se omite reiteradamente no cumprimento de sua função institucional quando devidamente advertido pelas autoridades competentes por sua fiscalização, não pode ser caracterizado como conduta culposa, pois há vontade e consciência do agente em seu agir.

A materialização dessa conduta dolosa pode ser formada pelo membro do Ministério Público utilizando-se os instrumentos existentes na legislação vigente na defesa dos interesses metaindividuais, no caso o inquérito civil público é o meio mais indicado para se iniciar uma investigação acerca do escoreito funcionamento do Conselho Municipal de Saúde, aferindo a adequação das três dimensões acima aludidas: autonomia, organização e inclusividade.

Uma vez detectadas as irregularidades que impeçam o bom desenvolvimento do Colegiado do CMS, é certo que competirá ao Órgão de Execução Ministerial expedir Recomendação, para formalizar processualmente ao gestor público da omissão que está incorrendo, ao passo que o não acatamento das condutas indicadas ou pactuadas nesses instrumentos, é suficiente para configurar ato ímprobo, podendo ensejar na aplicação de sanção por improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos.

4 Art. 18 - Diz-se o crime:

(...)

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Destarte, objetiva-se com esse raciocínio jurídico desmistificar a limitação da punibilidade de agentes públicos omissos. Para isso basta se utilizar uma norma basilar de orientação, o princípio da indisponibilidade da Administração Pública.

O princípio da indisponibilidade do interesse público declara que a Administração Pública não pode dispor do interesse público. Portanto, estando presente o interesse público o administrador é obrigado a protegê-lo. O direito é do povo e não do administrador que apenas exerce sua função pública. Neste sentido Marinela (2013, pg. 28) explica que:

[...] o princípio da indisponibilidade serve para limitar a atuação do agente público, revelando-se um contrapeso à superioridade descrita no princípio da supremacia, podendo se afirmar que, em nome da supremacia do interesse público o administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público.

Em outras palavras, o agente público que se omite no seu dever de ofício em zelar pelo direito fundamental à saúde, permitindo a perpetuidade de sua inação mesmo quando devidamente alertado pelo Ministério Público por meio de Recomendação, prova o caráter doloso de sua conduta por omissão, podendo ser responsabilizado civilmente por violação dolosa por omissão aos princípios constitucionais da lei de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

A probidade administrativa, por emergir do texto constitucional, tem o poder de vincular o administrador público no trato com a coisa pública, devendo velar por condutas adequadas e suficientes durante sua função precípua que é a busca pelo bem comum da sociedade que representa.

A eficiência constitucional, mencionada como um dos pilares vinculadores do administrador público, adequa-se à conduta proba do gestor que, sabendo da necessidade de se implementar políticas públicas sanitárias adequadas em benefício da coletividade, toma as medidas cabíveis para o correto funcionamento do Conselho Municipal de Saúde, equipando-o com todos os meios necessários ao bom desempenho de sua função.

É certo que a omissão reiterada na efetivação de direito fundamental cuja imediatividade de aplicação está prevista na Constituição Federal, como ocorre no direito à saúde, não se coaduna com conduta culposa do agente público e sim com a conduta dolosa pelo ato omissivo-comissivo que realiza.

Ter dolo consiste em ter vontade e consciência, e, portanto, uma vez notificado o agente responsável que está dando causa a omissão da efetivação deste direito fundamental, não se pode mais falar em culpa, mas somente em dolo.

A consciência do não agir se caracteriza quando da ciência da notificação e não efetivação do direito fundamental à saúde por qualquer órgão de controle, dentre eles o Ministério Público. A vontade é provada pela inércia do agente na efetivação do direito, quando tem ampla competência para o mesmo e em razão de sua função tem obrigação de agir para a garantia do direito à saúde.

Portanto, o gestor público competente pela estruturação do Conselho Municipal de Saúde que, após Recomendação do Ministério Público, emanado em razão de apuração oriunda de inquérito civil público pela má prestação do direito à saúde, permanece inerte em sua conduta, preferindo a omissão ao invés de providenciar o necessário para o implemento das condições físicas e estruturais do Conselho Municipal de Saúde, comete flagrante ato de improbidade administrativa, na modalidade dolosa, em razão do ferimento ao princípio da eficiência e moralidade na gestão pública.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

É suficiente a expedição de Recomendação, fundada em inquérito civil, como prova hábil da omissão do agente público, Prefeito Municipal ou Secretário Municipal de Saúde, para fins de caracterizar improbidade administrativa dolosa por violação ao princípio constitucional da eficiência, quando o agente, após notificado, queda-se inerte no dever de estruturação do Conselho Municipal de Saúde, afetando a prestação do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso *on line* em: 01 de agosto de 2016.

_____. **Coletâneas de Normas para o Controle Social no Sistema Único de Saúde**. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Brasília. 2011.

_____. **Conselho Nacional de Saúde – CNS**. Disponível em: < <http://www.conselho.saude.gov.br/>>. Acesso em: 29 de março de 2017.

_____. **Decreto Presidencial n.º 5.839, de 11 de julho de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acesso em: 29 de março de 2017.

_____. Lei de improbidade administrativa. **Lei 8.429/92**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 29 de março de 2017.

_____. **Manual de Orçamento e Finanças Públicas para Conselheiros de Saúde**. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Brasília. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.aspx?l=Improbidade+Administrativa+e+Prerrogativa+de+Foro&pagina=23&base=INFO>> Acesso em: 29 de março de 2017.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Editora Pilares, 2013.

TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. **Estado, governo e administração pública**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

*ATIVISMO JUDICIAL NAS
AÇÕES DE SAÚDE, POSICIONAMENTO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO
DIREITO FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO E
LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO¹*

SELMA MAGDA PEREIRA BARBOSA BARRETO*

¹ **APROVADA POR UNANIMIDADE**

* Promotora de Justiça - coordenadora da central de Recursos Cíveis - Ministério Público do Estado de Pernambuco

INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um dos temas mais debatidos no atual cenário jurídico brasileiro e representa a inserção do discurso político nas decisões judiciais, quando o Judiciário é convidado a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão face a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em relação ao múnus que lhes é delegado pela Constituição Federal.

Na visão pós-positivista, Direito e Ética se aproximam, conferindo ao magistrado uma efetiva participação política no processo democrático através da faculdade de, na resolução da lide, aplicar ao caso concreto a norma que preserva a Supremacia Constitucional, os direitos e as garantias individuais e sociais nela albergados. Para tanto, busca nos princípios normativos os valores que traduzem a essência constitucional, sem negar a existência e a importância do direito positivado no Estado de Direito.

O objetivo da presente tese é *dialogar* sobre o processo de constitucionalização dos Estados, o desenvolvimento e a integração do constitucionalismo no processo democrático, elevando ao epicentro do discurso jurídico e político o homem e seus direitos fundamentais, aptos a garantir efetividade à dignidade da pessoa humana.

Aborda-se o neoconstitucionalismo sob o prisma dos direitos humanos e da função criativa do Juiz, exercida com nítidos contornos políticos, baseada na Supremacia Constitucional e nos Direitos Humanos, o que representa radical transformação da função jurisdicional, dantes atrelada ao formalismo e à imparcialidade absoluta, que caracterizavam o Estado Liberal.

Importante para o debate é a breve menção ao Estado Pós-Social e à posição do Judiciário na nova concepção de Estado, com o objetivo de enfrentamento da discussão do *déficit* democrático, cujo fundamento serve de base para as críticas mais aguçadas contra a judicialização da política e a posição que hoje ocupa o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais caracterizado como Corte Constitucional de feições claramente políticas.

Em conclusão, demonstra-se que a judicialização da política dentro do paradigma neoconstitucionalista, é uma garantia ao cidadão contra os abusos do Estado. No entanto, o *ativismo judicial*, e a falta de limites de atuação do Poder Judiciário, traz uma preocupação maior com a fragilização da democracia pela falta do equilíbrio democrático refletido no Princípio da Separação dos Poderes, criando uma nova ditadura: a *Ditadura do Judiciário*, exercida em linha horizontal, quando em confronto com os demais Poderes do Estado, e em linha vertical, quando de sua atuação dentro do próprio Poder Judiciário, impedindo o livre exercício da judicatura pelos Juízos inferiores. Como caso paradigmático, há a abordagem da atuação judicial no fornecimento, pelo Estado, de medicamentos/tratamentos aos cidadãos e os reflexos do excesso de decisões judiciais sem efetiva comprovação da necessidade e eficácia das drogas/tratamento, e sem a necessária análise dos contornos orçamentários públicos, oferecendo-se propostas que visam à adequação das normas às necessidades dos cidadãos, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito administrativo, sem descuidar dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

II. EXPOSIÇÃO DO TEMA – ESTADO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO

O ideal liberal de Estado teve seu declínio com a consciência de que o modelo de liberdade e de Estado mínimo não era suficiente para garantir os direitos do homem, como o direito à vida, à dignidade, à propriedade, à saúde, ao lazer, à educação etc., a não ser para uma minoria economicamente privilegiada. O Estado Social, do mesmo modo, sofreu grande abalo diante da constatação da impotência estatal para atender a todas as necessidades do homem e de assumir a tutela de todos os seus direitos e interesses.

Ao atrair para si todas as atividades, sejam da esfera privada sejam da esfera pública, tornou-se o Estado um ineficaz “gigante branco”. Surgiu o conceito da reserva do possível, na medida em que passou a selecionar os serviços entendidos como politicamente essenciais para atendimento das necessidades sociais, diante da limitação dos recursos humanos e materiais. Por outro lado, as vicissitudes do serviço público, o crescimento da massa populacional, especialmente nos grandes centros urbanos, as novas formas de direitos e interesses nascidas com a mudança do modelo do Estado Social para o Estado Constitucional, a evolução tecnológica, econômica e cultural, a nova economia globalizada – direitos de terceira e quarta dimensões –, demonstraram que a máquina estatal não suporta sozinha o encargo de gerir todas as faces da vida em sociedade.

Essa consciência, aguçada pelos debates acadêmicos de novos expoentes, como Dworkin, Alexy, Habermas, dentre outros, criou o movimento denominado de pós-social, neopositivismo ou neoconstitucionalismo, que tem como tônica a mudança de paradigmas para o enfrentamento da realidade estatal, política, econômica, social e jurídica.

Após a segunda guerra mundial, a Constituição passou a ser vista como a Lei Maior dos ordenamentos jurídicos, estabelecendo os limites da atuação do Estado e os direitos fundamentais como o marco desta delimitação, influenciando a estrutura estatal moderna. Nessa fase, a Alemanha, em 1949, promulgou a sua Constituição, seguida da Itália, em 1947, de Portugal e da Espanha, em 1976 e 1978, respectivamente².

2 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 26 de abril de 2006. Disponível em: http://conjur.com.br/static/text/43852?display_mode=print. Acesso em 14 out. 2008.

A febre constitucionalista ocupou o centro das discussões em todos os países, e o Brasil, em 1988, após longo período ditatorial, promulgou a Constituição Federal - “Constituição Cidadã”, como definiu de Ulisses Guimarães ao apresentá-la à Nação -, tendo como fundamento a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, firmada sobre a dignidade da pessoa humana³.

Portanto, a partir de 1988 o País conheceu uma nova estrutura social, política e jurídica, assumindo a Constituição a centralidade do arcabouço jurídico nacional.

Enquanto no Século XVI as teorias jusnaturalistas tentavam fundamentar o Direito em bases filosóficas do direito natural, no final do Século XIX e início do Século XX, deu-se lugar à Teoria Kelseniana do positivismo jurídico, para quem o fato deve se subsumir à norma posta e ao julgador cabe apenas aplicar a letra da lei, sem considerações filosóficas, sociológicas, morais ou políticas. Os métodos de interpretação preconizados por Savigny, de racionalidade lógico dedutiva, impunham ao aplicador do Direito limites de atuação que não passavam da análise normativa do caso concreto. A partir de meados do Século XX, novos estudos reavivaram os debates acerca do Direito e suas bases filosóficas, não mais alicerçado no direito natural, mas sobre a ética. O fundamento de validade da lei não é apenas a norma fundamental posta - texto normativo -, mas os valores éticos e de justiça. Surge a técnica de enfrentamento da questão sobre a validade da norma fundado na junção dos dois movimentos anteriores, que passaram a ser complementares, na medida em que alia princípios e leis.

Dessa forma, a interpretação jurídica passou a investigar o conteúdo da norma e não apenas a sua descrição/prescrição, concedendo ao intérprete a tarefa de realizar a Constituição e não somente aplicar a lei, dando vida aos princípios contidos na norma constitucional. Esse movimento gerou a expansão da Jurisdição Constitucional, sob o auspício da supremacia da Constituição, cumprindo-lhe a tarefa de analisar a conformação das leis e dos atos do poder público à moldura constitucional, sempre que se alegar afronta ao texto constitucional. A exegese constitucional tem a Lei Constitucional como um conjunto de normas e princípios normativos que apontam para os valores sobre os quais repousam a validade e a legitimidade da norma positivada e dos atos administrativos, devendo o intérprete, valendo-se da ponderação de valores⁴, inclinar-se para a solução que mais se aproxime do espírito da Constituição.

Nasce, assim, a figura da comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, a quem é atribuída a tarefa de reconhecer a efetividade constitucional na aplicação da lei ao caso concreto, através da interpretação normativa sob a lente da ética e da justiça que fluem do texto constitucional, considerando-se que toda e qualquer decisão legislativa envolve vários fatores, seja de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc⁵.

Dessa forma, a racionalidade linguístico-substantiva cede espaço à racionalidade discursiva, ou dianoética, buscando o intérprete constitucional realizar a Constituição através da busca da significação da norma ao aplicá-la ao caso concreto⁶, através da dimensão retórica das decisões judiciais, pela qual a norma-decisão passa pelo crivo da aceitabilidade da sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁷. Portanto, como afirmado por Paulo Roberto Soares dos Santos, citando Perelman, a utilização do método argumentativo é uma forma de *legitimação* da decisão judicial, firmada entre duas figuras: orador e auditório, que interagem quando da instalação do processo dialético argumentativo e, nesse sentido, afirma que “a argumentação pressupõe um “encontro de mentes” [...], isto é, uma relação entre atores diferentes, para que se torne efetiva.”⁸.

3 José Afonso da Silva, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo:Malheiros Editores S/A, 11ª ed., 1996, p. 91, ao relatar o cenário político que envolveu a elaboração e a promulgação da Constituição de 1988, afirma que “É a *Constituição Cidadã*”, na expressão de Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração, especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”

4 Gilmar Ferreira Mendes, na obra intitulada *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2ª ed. rev. e ampl., p. 72, ensina que o princípio da proporcionalidade “permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gsetzeesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)” e assim pressupõe dois requisitos básicos: a legitimidade dos meios utilizados e a adequação dos referidos meios para alcance dos objetivos perseguidos.

5 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 39 a 51, diferencia a interpretação jurídica do ângulo dogmático e do ângulo zetético, afirmando que enquanto aquele vê uma única realidade, que é a da norma jurídica, este – zetético – entende a norma como resultante de um conjunto de variáveis, ou seja, o Direito, segundo a zetética jurídica, se relaciona com várias outras disciplinas e a sua interpretação não pode estar dissociada desta realidade.

6 Luis Roberto Barroso afirma que “A norma abstrato não contém integralmente os os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.” In *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?.

7 Inocêncio Mártires Coelho, em artigo publicado na Revista de Direito Público - v. 1, n. 1 (jul/set. 2003) -Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2004, pp. 5 a 16, sob o título *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, cujo artigo resultou de palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 12.01.1998, traz interessante observação sobre a teoria de Häberle, concentrada numa interpretação de visão republicana e democrática da norma constitucional, ao afirmar que a nova interpretação constitucional abandona o antigo modelo de “interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados” para adquirir um novo alcance, estendendo-se à sociedade aberta, que passa a ser parte do processo interpretativo.

Já Rafael Caiado Amaral, na Revista de Direito Público ano 1, nº 2, out./nov./dez. de 2003, pp. 138 a 147, aborda o tema sob o título *Breve Ensaio Acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*, e afirma que “O juiz, portanto, não possui mais o monopólio da verdade. Esta não se obtém, conforme afirmação já citada de KAUFMANN, de forma solidária, como dantes, mas por um esforço cooperativo de todos os potenciais intérpretes” -p. 145.

8 MENDONÇA. Paulo Roberto Soares, *apud* Chaim Perelman. “A Argumentação nas Decisões Judiciais”. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60.

As novas relações decorrentes da evolução tecnológica, o surgimento dos direitos de terceira e quarta dimensões, como o Biodireito, Direito da Informática, o Direito Ambiental, dentre outros; os *hard cases*, que exigem do operador do Direito a capacidade de suprir as lacunas da lei, podendo decidir *contra lege* a fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais e à Constituição como um todo valorativo, e as situações em que se verifica colisão de direitos, orientam a nova interpretação jurídica dirigindo-a para a construção da dimensão axiológica do Direito e atribuindo *força jurídica* à jurisprudência criada nos Tribunais.

Assim, a ampliação do controle judicial das normas e dos atos do poder público, fundada na tradição americana do *judicial review*, acendeu a discussão sobre a *judicialização da política*, pois trouxe o Judiciário para o centro das discussões políticas de interesse do indivíduo e de toda a sociedade. O magistrado passa a atuar como o responsável por conferir efetividade dos direitos e garantias assegurados na Constituição quando estes sofrem ameaça ou lesão, afastando-se da figura estática do aplicador da norma para assumir o papel de protagonista da adequação dos atos administrativos às aspirações sociais e à justiça. Recebe, por isso, inúmeras críticas, especialmente no que diz respeito ao *deficit democrático*, sob o argumento de que juízes não são eleitos pelo voto popular, mas investidos no cargo através de concurso de provas e títulos. Essa é a base para construção da tese de *deficit democrático*, que defende a falta legitimidade do Judiciário para escolha de políticas públicas que guiarão os rumos do Estado.

Marcos Faro de Castro, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Harvard, Diretor da UNB, em artigo publicado sob o título *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*⁹, após um estudo estatístico a respeito das decisões da Corte entre 1988 e 1992, analisa a questão sob o prisma pluridisciplinar, e afirma que a questão da judicialização da política abrange, necessariamente, a politização da justiça, ou seja, a inclusão do Judiciário no processo democrático, envolvendo decisões políticas relevantes. Dessa forma, surge a atuação judicial dentro de um espaço antes reservado à política, em reforço à democracia e em favor do cidadão, pois há situações para as quais o Executivo e o Legislativo não conseguem elaborar políticas efetivas, garantidoras dos direitos individuais e sociais, convocando-se o Judiciário para concretização de tais direitos.

A judicialização da política, dentro desse cenário, não se resume apenas à atuação do Judiciário nas causas que lhe são apresentadas; engloba a comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, que, dentro do processo dialético, busca conferir vida à Constituição Federal, através de debates e ações tendentes à efetivação dos direitos e garantias do indivíduo, tendo, ainda, como copartícipe a sociedade em geral.

A importância desse processo repousa na abertura democrática decorrente da interação constante entre agentes políticos e sociedade, e na aproximação entre Direito e Política, abrindo-se o leque democrático. Essa dinâmica fragiliza os argumentos contrários à judicialização da política, se esse processo sofrer as devidas limitações pelo próprio Judiciário, do qual desponta o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, sem se subtrair dos demais órgãos do Judiciário Nacional a competência para analisar, direta ou de forma difusa e concentrada, aspectos de constitucionalidade de normas e atos administrativos

O denominado *deficit democrático* sobre o qual se fundamentam várias críticas ao ativismo judicial perde força na medida em que o Constituinte delegou ao Poder Judiciário a faculdade/dever de se imiscuir nas questões políticas relevantes, sempre que provocado, dentro dos limites constitucionais do sistema de freios e contrapesos. Estabelece-se a *balança democrática* em favor dos princípios basilares da democracia, fundada sobre uma ordem social participativa, que tem como primícia os Direitos Humanos, através da interligação entre os Poderes, pela participação no exercício de parcela de poder pelos demais, como no caso de Medidas Provisórias, de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e Desembargadores dos Estados, assim como dos Procuradores Gerais do Ministério Público, o veto presidencial, o controle de constitucionalidade das leis etc., que garantem o equilíbrio democrático.

Dessa forma, as críticas dirigidas à judicialização da política ou politização da justiça, não podem se firmar em absoluto sobre o princípio da Separação de Poderes, pois os Ministros da Corte Constitucional além de serem integrantes de vários órgãos, como Poder Judiciário, Poder Executivo, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público, são escolhidos pelo Presidente da República, com o aval do Senado Federal, o que confere a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que os agentes públicos destacados são eleitos pelos representantes do povo, suprimindo o referido *deficit democrático*. Isso, porque, em sendo escolhidos e nomeados por representantes do povo, há uma escolha indireta dos ministros das Cortes Superiores no modelo brasileiro.

Ademais, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos decorre de preceito contido na própria Constituição Federal, tanto através de norma objetiva determinante quanto decorrente de norma implícita, como se abstrai do § 2º do artigo 5º da CF, ao afirmar que os direitos e garantias expressos no seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que a integram, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Portanto, a judicialização da política tem respaldo constitucional, eliminando qualquer dúvida quanto à sua legitimidade no Estado Democrático de Direito.

9 CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm.

Com peculiar maestria Ivo Dantas¹⁰, citando Celso Barbi, conclui que os argumentos pró controle de constitucionalidade são “irrespondíveis, apesar de sua simplicidade”, uma vez que repousam sobre o princípio da supremacia constitucional e subtrair do Judiciário a legitimidade para analisar a conformação entre a norma infraconstitucional e a Lei Maior, é negar o lugar supremo alcançado pela Constituição.

Superada a problemática que envolve o alegado *deficit democrático*, temos que a Constituição Federal, em seu artigo 2º, consagra o princípio da separação dos poderes, ao afirmar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Assim, ao Legislativo cabe a função legislativa, ao Executivo a função administrativa e ao Judiciário a função judicante. Se de um lado não pode o Poder Judiciário ocupar o lugar do Poder Legislativo em sua função de legislar e da Administração na sua função administrativa, por outro também não pode negar o direito constitucional à jurisdição, consagrado como direito fundamental do indivíduo, nem deixar de garantir a efetivação dos demais direitos e garantias reconhecidos pela Norma Fundamental, erigidos a cláusulas pétreas¹¹. Essa é a missão do Poder Judiciário na realização de sua função constitucional.

Dessa realidade, verificada a omissão estatal ou o *deficit legislativo*, decorre uma colisão de princípios constitucionais que deve ser suportada pelo julgador aplicando o princípio da ponderação de valores. Assim, a decisão judicial ganha caráter normativo, embora não possa ser considerada norma jurídica no sentido estrito da palavra, em razão da fonte da qual emana. Somente o Legislativo, em tese, tem o poder de criar normas abstratas e gerais, que vinculam os Poderes do Estado e a sociedade como um todo, cujas leis se incorporam ao ordenamento jurídico e podem ser objeto do controle de constitucionalidade. As normas emanadas das decisões judiciais, com algumas exceções (exemplo, ações objetivas, como as de controle de constitucionalidade), ganham força vinculante entre os participantes do processo judicial e, portanto, não podem substituir o ato do legislador.

No entanto, surgem novas espécies jurídico-normativas que merecem destaque: as súmulas vinculantes, os incidentes de resolução de demandas repetitiva, o incidente de assunção de competência, e a jurisprudência dominante dos tribunais, que geram reflexos imediatos a todos os casos semelhantes, numa atribuição indireta de efeitos *erga omnes*. O Judiciário, assim, cria normatividade jurídica para suas decisões, com o respaldo legislativo.

Essa normatividade indireta, porém, não representa competência legislativa, devendo o julgador observar que ao lado dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados e do dever de julgar e conferir efetividade aos referidos valores, existe uma ordem jurídico-política sobre a qual se funda o Estado, reconhecida no Preâmbulo Constitucional, que deve ser preservada. A proteção aos direitos consagrados constitucionalmente é dever do Estado e não apenas do Poder Judiciário, cabendo a este o múnus de proteger a situação concreta que lhe é posta dentro dos limites constitucionais. Assim deve ser entendido o dever jurisdicional no exercício da jurisdição constitucional.

A conclusão lógica do raciocínio esposado é de que não cabe ao aplicador do direito criar norma jurídica como se legislador fosse. Nos casos em que se discutem direitos fundamentais, pode determinar providências que protejam o *núcleo essencial* do direito concretamente discutido, sem, contudo, invadir a esfera de competência constitucionalmente atribuída aos demais Órgãos de Poder do Estado.

Para melhor compreensão, citam-se os casos envolvendo medicamentos, em que o Judiciário, de forma praticamente generalizada, concede a tutela jurisdicional ao cidadão que necessita de determinado tratamento, mesmo em relação àqueles que não têm registro na ANVISA. É comum no Judiciário Pernambucano a concessão de segurança ou de medidas antecipatórias, confirmadas na sentença de mérito, de forma indiscriminada, ainda que não haja comprovação de que o componente de dispensação gratuita pelo SUS tenha sido ministrado à parte interessada e sua (in)eficácia ao caso concreto. Por outro lado, diante do constante avanço da medicina, todos os dias surgem drogas que prometem cura às variadas enfermidades, inclusive as de difícil tratamento, cabendo ao Executivo, através de seus órgãos competentes, estudá-las e liberá-las para uso e comercialização interna, como forma de proteção à saúde do cidadão, conforme determina a Lei nº 9.782, de 26/01/1999.

Ora, no caso em estudo o núcleo essencial do direito perseguido é a vida e a *saúde*, que pode ser garantido com cumprimento do dever do Estado de fornecer o remédio/tratamento necessário para sua efetivação.

Nesses casos, há a necessidade de criação de critérios processuais concretos que permitam demonstrar a urgência e a necessidade do fármaco ou do procedimento médico/cirúrgico sob análise, demonstrando-se, dentro dos paradigmas da proporcionalidade e razoabilidade, que a atuação do Judiciário é legítima e não ofende ao princípio democrático da repartição dos poderes.

Para tanto, é de fundamental importância que o indivíduo *demonstre processualmente* que se submeteu ao tratamento contido no Protocolo do SUS, com utilização do componente básico de assistência farmacêutica ou de tratamento especificado com indicação para a patologia apresentada. Em casos de extrema gravidade, é necessário que haja a demonstração da eficácia do fármaco ou tratamento pretendido e da impossibilidade estatal de garantir ao indivíduo o pleno acesso à saúde e à vida.

10 DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição, Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 37.

11 MENDES, Gilmar Ferreira. *In Op Cit.*, p. 36.

A exigência do tipo de remédio segundo a vontade do cidadão extrapola o núcleo essencial do direito fundamental, não sendo possível que o Judiciário exija o cumprimento do dever constitucional por parte do Estado da forma perseguida, mesmo que tenha prescrição médica, pois tal posição afronta os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade que regem o trato com a *res publica*, assim como o princípio da igualdade e da legalidade, pilares do regime democrático, sem falar nos princípios que regem as finanças e o orçamento públicos.

Nesse caso, é necessário o equilíbrio no exercício jurisdicional por parte do aplicador do Direito, como em toda e qualquer situação que lhe é posta para análise, como bem definido pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 5501, proposta pela AMB, para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 e o consequente uso da fosfoetanolamina, conhecida como pílula do câncer, ao afirmar que: “O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano”. Afirmou, ainda, ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a aprovação do fármaco pela ANVISA é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei 6.360/1976: “Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida”.

No mesmo processo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “É certo que o legislador pode disciplinar a matéria. O Sistema Único de Saúde (SUS) atua nos termos da lei, todavia, não parece constitucionalmente legítimo que o legislador, além de legislar, assuma para si uma atividade tipicamente executiva”, e o Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu que “Não me parece admissível que hoje o Estado – sobretudo no campo tão sensível que é o campo da saúde, que diz respeito à vida e à dignidade da pessoa – possa agir irracionalmente, levando em conta razões de ordem metafísica ou fundado em suposições que não tenham base em evidências científicas”, destacou.

Embora haja uma inclinação do Poder Judiciário para atender a todas as demandas envolvendo medicamentos e tratamentos médicos aos cidadãos, a decisão acima destacada demonstra a cautela com a qual a Corte Constitucional trata o tema.

Em recentíssimo julgado, o STJ apontou para a excepcionalidade da concessão de tutela jurisdicional para fornecimento pelo Estado de medicamentos não autorizados pela ANVISA, dès que haja prova da sua indispensabilidade para a garantia ao direito da saúde do indivíduo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO PELO SUS DE FÁRMACO SEM REGISTRO NA ANVISA. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A VIABILIZAR A FLEXIBILIZAÇÃO DO FORNECIMENTO NÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DO PARTICULAR DESPROVIDO.

1. O aresto recorrido esteia-se na afirmação de que nenhum dos entes públicos pode fornecer para a população o medicamento pleiteado na inicial pela autora, em razão da falta de registro na ANVISA. Contra o referido fundamento, por si só suficiente à manutenção do julgado, não houve impugnação da parte agravante, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283/STF.

2. Mesmo que fosse possível ultrapassar tal óbice, é certo que, embora o direito à vida esteja explicitamente protegido pela Carta Magna, o fato de o medicamento pretendido não possuir registro na ANVISA constitui um obstáculo para o deferimento do pleito do ora interessado, até porque o seu ingresso no território nacional configura o tipo penal previsto no art. 273, § 1o.-B, I do Código Penal (AgInt no REsp. 1.365.920/SC, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 17.2.2017).

3. Em casos excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade de o paciente fazer uso daquele medicamento em razão do risco de vida e desde que demonstrada a impossibilidade de substituição do fármaco, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado tal restrições. A propósito: AgRg no REsp.

1.502.239/PR, Rel. Min. DIVA MALERBI, DJe 26.2.2016; AgRg no AgRg no AREsp. 685.750/PB, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 9.11.2015.

4. Contudo, no caso em tela, a Corte de origem limitou-se a afirmar que não há como atribuir a responsabilidade aos entes federais pelo fornecimento de fármaco que não está legalizado, que não possui registro na ANVISA; não tecendo, desse modo, qualquer comentário a respeito dos elementos de prova carreados aos autos que pudessem configurar a excepcionalidade viabilizadora da referida flexibilização.

5. Assim, não tendo o Tribunal a quo, com base na moldura fática que se decantou no caderno processual, reconhecida a necessidade de flexibilização e consequente concessão da medicação pleiteada, não há como alterar a conclusão a que chegou aquela Corte sem o reexame do contexto probatório do autos.

6. *Agravo Regimental do particular desprovido.*

(AgRg no AREsp 154.385/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

Em 2015, na II Jornada de Direito da Saúde, foram aprovados 23 enunciados interpretativos pelo CNJ, convergindo para a conclusão da presente tese:

50 - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

51 - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

52 - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

57 - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC.

58 - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse

61- Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

Por fim, muitos julgados apontam para a necessidade de comprovação da precedência de ministração do Protocolo do SUS ou de sua ineficiência em relação ao paciente, sem as quais a medida judicial que impõe o dever ao Estado *ultrapassa* os limites da separação dos poderes.

Vale aqui destacar os argumentos do Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, nos autos da Apelação Cível nº 0800117-95.2015.4.05.8102 - da 16ª Vara Federal do Ceará: “... O incidente processual foi julgado pelo Pleno do STF após ampla instrução processual, inclusive com realização de audiência pública onde foram ouvidos inúmeros profissionais da área de saúde. No acórdão foram referidas diversas situações e indicados os caminhos a serem seguidos pelos órgãos do Poder Judiciário. São elas: (a) Como regra, o SUS não pode ser judicialmente obrigado ao fornecimento de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme previsto no art. 12 da Lei Federal n. 6.360/1976, pois o referido registro é “condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto” e “uma garantia à saúde pública”; (b) Se o SUS oferece alternativa de tratamento, esta apenas pode ser desprestigiada em favor da pretensão autoral se “comprovada à ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”; (c) O Poder Público não pode ser judicialmente obrigado a oferecer tratamento puramente experimental, sem comprovação científica de sua eficácia, ainda que em caso de inexistência de alternativa no SUS; (d) Quanto aos novos tratamentos - reconhecidos, mas ainda não incorporados pelo SUS - é preciso que “se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria” e que “haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar””.

III. CONCLUSÃO - SÍNTESE DOGMÁTICA

A discussão é vasta e os questionamentos aqui suscitados nem de longe esgotam a matéria, nem por seus argumentos, que se sujeitam a variados posicionamentos, nem pelo seu conteúdo, pois existem muitos outros pontos a serem abordados e que não podem ser explorados no presente texto dada a sua limitação.

No entanto, a tese pretende levantar a discussão sobre o excesso do *ativismo judicial*, considerando-se que não há melhor forma de se garantir a efetivação dos direitos e garantias constitucionais do que respeitar os princípios democrático e

republicano, com a consciência de que o caráter eletivo e temporário do exercício dos Poderes Legislativo e Executivo garante a afirmação da democracia. Embora os argumentos que superem o *deficit democrático* sejam capazes de superar as críticas contra a judicialização da política, há de se considerar que a vitaliciedade dos Órgãos Jurisdicionais gera uma continuidade de poder e, em assim sendo, surge uma natural limitação do exercício jurisdicional na sua atuação “política”. Desse modo, a Jurisdição Constitucional é um valioso mecanismo de defesa democrática, dês que o exegeta analise o caso sob a ótica constitucional, interpretando-o de forma a submeter à comunidade aberta dos intérpretes da Constituição a legitimidade do *decisum*, gerando uma ampla discussão sobre o atuar do julgador, e respeitando os limites constitucionais impostos pelo regime democrático.

Diante da problemática apresentada e as constantes ações propostas para fornecimento de medicamentos/tratamentos médicos sem atendimento aos requisitos elencados pelo STF e pelo CNJ, anteriormente destacados, proponho que:

- a) *O Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, dentro das faculdades conferidas pelo artigo 179 do CPC, atue na busca de garantir efetiva instrução processual, com elementos de prova suficientes a demonstrar a necessidade e a eficiência do medicamento/tratamento médico perseguido pelo cidadão perante o Judiciário, atentando para a orientação interpretativa dos enunciados nº 51; 58 e 61, do CNJ, na II Jornada de Direito da Saúde.*
- b) *No caso de remédios não autorizados pela ANVISA, que se observem os enunciados nº 50 e 57 da II Jornada de Direito à Saúde do CNJ.*
- c) *Em havendo reiteração de pedidos sobre o mesmo fármaco/procedimento, seja suscitado o enunciado nº 52 do da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ e comunicado o CAOP da Saúde, para, em conjunto com as Promotorias de Saúde, sejam elaborados estudos que otimizem a atuação ministerial.*
- d) *Sejam realizadas reuniões, envolvendo os CAOPS de Saúde e Patrimônio Público, Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça atuantes nas áreas, a fim de serem adotados protocolos conjuntos, objetivando conferir unidade ministerial nas ações e intervenções processuais, respeitada a autonomia funcional, buscando o equilíbrio entre os direitos constitucionais da vida e da saúde do cidadão em harmonia com o direito à dignidade humana, e os limites orçamentários do Estado.*
- e) *em casos em que o pedido de fornecimento de remédios/tratamento seja feito por indivíduos que tenham contratos com planos de saúde, que estes sejam demandados para custearem a parte que lhe é devida, de acordo com a tabela médica dos referidos planos, compensando o Estado dos gastos efetuados;*

BIBLIOGRAFIA

AGRA. Walber de Moura. *Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional*. Revista Eletrônica do IBEC. São Paulo. <http://www.ibec.inf.br/walber4.pdf>.

BARROSO. Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 26 de abril de 2006. Disponível em: http://conjur.com.br/static/text/43852?display_mode=print.

BASTOS. Celso Ribeiro de. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo:Saraiva, 1999, 4ª edição.

CASTRO. Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm.

COELHO. André. *Legitimidade da Decisão Judicial: Artigo que escrevi em 2005*. In Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2009/03/judicializacao-da-politica.html>.

COELHO. Inocência Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Público - v. 1, n. 1 (jul/set. 2003) -Porto Alegre:Síntese; Brasília:IBDP, 2004.

DANTAS. Ivo. *O Valor da Constituição, Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, 2. ed..

———⁽¹⁹⁷⁹⁾ *Tópica e Jurisprudência*. Brasília:Departamento de Imprensa Nacional.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2ª ed. rev. e ampl..

MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. “*A Argumentação nas Decisões Judiciais*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,.

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores S/A, 11ª ed., 1996.

STRECK. Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura e Livraria do Advogado, 2005.

TASSANARI. Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial, Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, et. al. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social: São Paulo, v. 19 n. 2, 2007. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso.

*APLICA-SE A SÚMULA VINCULANTE Nº 13
ÀS NOMEAÇÕES PARA CARGOS POLÍTICOS
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SENDO
QUE A INVESTIDURA EM VIOLAÇÃO A
ESSE ENUNCIADO, ALÉM DA NULIDADE
DO ATO ADMINISTRATIVO, CARACTERIZA
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR
VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS (artigo 11 da LIA)¹*

TÂMERA PADOIN MARQUES MARIN²

RESUMO

Tendo como parâmetros os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF), a nomeação para cargos políticos na Administração Pública deve se submeter a aplicação da súmula vinculante - SV nº. 13. A partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal, especificamente do julgamento da ADC nº. 12, da edição da SV nº. 13 e das decisões monocráticas posteriores que declararam a nulidade não apenas das nomeações para cargos demissíveis *ad nutum*, mas igualmente para cargos políticos. Observa-se uma tendência à modificação jurisprudencial relevante quanto à interpretação dos princípios da Administração Pública, que vai ao encontro do pensamento de que o provimento dos cargos deve visar a satisfação do interesse público e não a acomodação de interesses personalistas. Diante disso, a violação do enunciado vinculante, além da nulidade do ato administrativo, configura ato de improbidade administrativa por violação de princípios, nos moldes do artigo 11 da Lei nº. 8.429/92.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça, atuação na área criminal e defesa da probidade administrativa, MPRO.

FUNDAMENTAÇÃO

A partir da história da sociedade brasileira, é possível verificar fortes características de personalismo no trato da coisa pública, revelados não apenas na gestão de recursos orçamentários, mas igualmente nos critérios de escolha para os cargos demissíveis *ad nutum* na administração pública. Não são raros os relatos de contratações para cargos em comissão, baseadas em vínculos familiares, visando unicamente acomodar interesses privados em detrimento do interesse público.

O termo nepotismo advém do latim *nepos*, neto ou parente, e é utilizado para designar a nomeação de parentes da autoridade para ocupar cargos na Administração, conforme ensina Garcia³.

O Brasil, nas últimas décadas, passou por diversas alterações políticas e legislativas, todavia, algumas práticas se observa são reiteradas e possuem origem em um passado não tão recente. Vê-se que, mesmo com a abertura política, consolidação da democracia e o estabelecimento de parâmetros administrativos baseados nos princípios constitucionais de moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, CF), a prática nepotista ainda se apresenta presente no serviço público brasileiro, tendo levado à edição de normas infraconstitucionais tendentes a eliminá-la, conforme se observa por meio da Resolução nº. 07 do Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº. 01 Do Conselho Nacional do Ministério Público e, ainda, tem suscitado decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF.

Quanto aos limites e interpretação do tema, o STF, por mais de uma vez, se posicionou sobre o assunto, em julgamentos com efeitos *erga omnes*, tal como ocorreu no caso da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 12 e da edição da Súmula Vinculante nº. 13, que foram paradigmas para a atuação da Administração Pública e as contratações para cargos em comissão.

Atualmente, se observa uma tendência no sentido de se aplicar o entendimento quanto à vedação de contratação de parentes da autoridade nomeante não apenas para os cargos de natureza administrativa, mas também para os de natureza política, tendo em vista a relevância estratégica da posição desses últimos quanto às escolhas públicas.

Quanto à investidura em cargos públicos, a Constituição Federal de 1988 previu como regra o acesso via concurso de provas e títulos, sendo exceção as nomeações para cargos em comissão declarados em lei (artigo 37, inciso II). Tais nomeações para cargos demissíveis *ad nutum*, que, em parte devem ser preenchidos por servidores de carreira, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, proporcionando mobilidade e flexibilidade na gestão pública. Especialmente nas hipóteses de contratações para assessoramento, essa possibilidade de contratação via cargo em comissão permite à administração se valer de profissionais dotados de formação técnica, que eventualmente não esteja disponível nos quadros efetivos, cujo trabalho seja imprescindível para a prestação do serviço público naquele momento.

Ao excepcionar a exigência de concurso público para o preenchimento dos cargos em comissão, a Constituição não concedeu carta branca ao gestor para utilizar de critérios estritamente pessoais para nortear suas escolhas. O velho argumento senhoril de que tais nomeações se limitam pura e simplesmente a padrões de “confiança” do administrador não mais encontra amparo no modelo de gestão gerencial, sendo violador dos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Não se pode ignorar, nesse aspecto, a força normativa da Constituição e da máxima eficácia de suas disposições, de forma que a contratação de servidor público baseada em vínculos familiares do administrador, em evidente prática nepotista, viola a carta maior, especificamente o conteúdo do *caput* do artigo 37 e, conseqüentemente, configura ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei nº. 8429/92).

Essa prática se apresenta como antijurídica e violadora de princípios. “Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico”.⁴

Existe um padrão de comportamento dirigido ao administrador que decorre dessa estrutura princípio lógica, exigindo que norteie suas escolhas nesses preceitos. Na situação em estudo, a escolha baseada em critérios familiares vai de encontro ao princípio da moralidade, impessoalidade e da eficiência:

As condutas de nepotismo são incompatíveis com o novo ordenamento jurídico, especialmente após a atual Constituição Federal de 1988 que promove claramente princípios como a impessoalidade, a moralidade administrativa, a eficiência e a isonomia a um patamar de grande importância no exercício da atividade administrativa. As exigências claras do dever de realizar concurso público e de licitar tentam afastar as facilidades adquiridas em razão do parentesco, permitindo que qualquer que preencha as condições exigidas possa participar⁵.

3 GARCIA, Emerson. O nepotismo. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/o_nepotismo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133.

5 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª edição. Niterói: Impetus, 2013. p. 692.

O princípio da moralidade “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”⁶, já que a detenção do poder não é pressuposto para o agir desalinhado do interesse público e visando a acomodação de situações inconfessáveis.

O princípio da impessoalidade faz pressupor a ideia de que os atos administrativos são emanados da administração e não de um governante ou gestor, atendendo aos requisitos de existência, validade e eficácia. Ainda, esse princípio transmite o pensamento de que o administrador não pode agir visando beneficiar os seus, tampouco prejudicar terceiros com base em escolhas particulares, posto que:

Sse traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa(...)⁷

O princípio da eficiência, conforme já dito, introduzido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº. 19/98, com o forte objetivo de positivar os ideais lançados na Reforma Gerencial, tornou obrigatório o uso racional dos recursos públicos e o planejamento das ações administrativas, de forma que⁸:

impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Percebe-se, à luz desses princípios, que a contratação para cargos em comissão baseada em vínculos de parentesco da autoridade nomeante reveste de vício o ato administrativo por desvio de finalidade, porquanto o fim visado não é o interesse público, mas a satisfação de uma necessidade privada não externada no momento da edição do ato e contrária aos fins da administração.

Em agosto de 2008, a fim de consolidar posicionamento quanto ao tema nepotismo, o Supremo Tribunal Federal, aplicando o procedimento previsto no artigo 130-A da CF, editou a Súmula Vinculante nº. 13⁹ dispondo o seguinte:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendendo o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Essa súmula gerou grande discussão quanto à amplitude de sua redação e quanto aos aspectos práticos de aplicação, tendo em vista a falta de clareza no texto e a rapidez com que foi aprovada, entendendo alguns juristas¹⁰ que haveria a necessidade de se aguardar a repetição de demandas recursais ao STF para que fosse sumulado o entendimento da Corte:

Essa decisão foi muito criticada pelos estudiosos, tendo em vista que, apesar de representar a realização de um sonho, o seu enunciado foi aprovado com texto bem confuso, a matéria não foi amplamente discutida pelo Supremo, e não existiam inúmeros processos discutindo o tema, o que complica ainda mais a situação, lembrando que uma súmula vinculante não pode depender de interpretação, já que ela representa o ponto final sobre determinado assunto.

Apesar das críticas no sentido de que o STF teria legislado a respeito do tema, o enunciado permanece em vigor e sua aplicação tem sido ratificada em decisões monocráticas.

Partindo-se da premissa de que a nomeação para cargos públicos deve atender as balizas constitucionais e legais, visando o cumprimento dos interesses da sociedade, é de se questionar se a nomeação de parentes de autoridades para o exercício de cargos políticos, de igual sorte, não estaria inserida na vedação da norma constitucional. Observa-se que tal situação de nomeação de parentes de governantes para a ocupação de cargos políticos é corriqueiramente observada nos Estados e nos Municípios, especificamente para o preenchimento dos cargos de secretários de pastas.

6 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo I, 27. ed. São Paulo : Atlas, 2014. p. 22.

7 MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996. p.68.

8 MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999. p. 30.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Súmula vinculante nº. 13: Debates de Aprovação. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf. Acesso em: 03 jul. 2017.

10 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª edição. Niterói: Impetus. 2013. p. 695

Num primeiro momento, as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamentos monocráticos, seguiram a linha de que a súmula em menção não seria aplicável para as nomeações de parentes de autoridades para cargos políticos, conforme decisão prolatada no RE 579951/RN (DJE de 24.10.2008), dentre outros na mesma linha de raciocínio.

Nesse precedente, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, se discorreu acerca da diferença entre cargo estritamente administrativo e cargo político, reputando-se nulo o ato de nomeação de um motorista parente de autoridade nomeante e hígido o do Secretário Municipal de Saúde. Naquela ocasião, segundo fundamentado, a situação excluiria a ideia de nepotismo não apenas por se tratar de um agente político, mas por não ter sido evidenciadas contratações recíprocas, tampouco a hipótese de fraude à lei.

Na Reclamação nº. 6938 MC/MG¹¹, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, julgado em agosto de 2011, a ideia quanto à distinção entre os cargos foi assim expressa:

Este Supremo Tribunal assentou a necessidade de verificação da natureza do cargo ocupado. Sendo ele de natureza política, não há que se falar em nepotismo. Contudo, sendo de natureza administrativa, incide a Súmula Vinculante n. 13 deste Supremo Tribunal.

Da análise das decisões jurisdicionais dos ministros do STF acerca do tema nepotismo, proferidas, após a ADC nº 12, constata-se que, ao longo dos anos houve uma oscilação quanto ao entendimento acerca da distinção entre a aplicação da súmula vinculante aos cargos de natureza política. Contudo, das decisões monocráticas mais recente, constata-se uma possível “virada” jurisprudencial, posto que, das fundamentações lançadas pelos ministros, pode-se verificar uma ampliação do entendimento de que a vedação inclui a nomeação de parentes da autoridade nomeante para cargos políticos e não apenas administrativos.

A Reforma Gerencial, ocorrida na década de 90 no país, trouxe a concepção de eficiência e racionalidade para todos os aspectos da administração pública, não excepcionando o dever de profissionalismo apenas para os cargos administrativos. Embora os cargos políticos, como de Secretários de Estados, tenham mais abertura quanto aos critérios de escolha a serem seguidos pela autoridade nomeante, não dispensam a aplicação das normas constitucionais de caráter prescritivo. Em sendo a norma constitucional possuidora de alta densidade axiológica e elevada carga normativa não há como se excepcionar os cargos políticos da aplicação da Súmula Vinculante nº 13.

As decisões mais recentes consultadas expressam a concepção de que a investidura para cargos políticos deve seguir os parâmetros constitucionais e, portanto, a regra proibitiva constante da Súmula Vinculante nº. 13.

O primeiro caso identificado foi o Recurso Extraordinário nº. 834.722, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, onde se pretendeu a declaração de nulidade de nomeação de parente do Prefeito do Município de Balneário Arroio do Silva para o cargo de Secretário Municipal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello.

Nesse julgamento, o Ministro ponderou que os precedentes anteriores da Corte não poderiam ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado e que a investidura em cargos políticos, de livre nomeação, também se submete à norma contida na Súmula Vinculante nº 13/STF, cuja não incidência, sempre excepcional, para legitimar-se, dependerá da análise concreta de cada situação.

Por esses fundamentos, o Ministro decidiu que a decisão impugnada pelo Ministério Público divergiu da orientação plenária do Supremo e, em face do enunciado sumular vinculante, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento para julgar procedente a ação civil pública ajuizada. Em síntese, a nomeação de familiar de Prefeito para cargo político teve a invalidade reconhecida.

Essa mesma linha de entendimento foi aplicada pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento RCL 17102¹². Naquela demanda, se discutia ato administrativo do Prefeito do Município de Monte Alegre (SP), Orlando Dozinet Aleixo, que nomeou o sobrinho para o cargo de secretário municipal de administração, planejamento e finanças, e o cunhado para o cargo de secretário municipal de segurança pública e trânsito.

Na decisão, o relator enfatizou que “quanto aos cargos políticos, deve-se analisar se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta”. E, ainda, explicou que há em tramitação a Proposta de Súmula Vinculante nº 56 perante o STF, a ser analisada pelo Plenário, onde a redação sugerida abrangeria a tese jurídica ventilada naquela ação.

Em desfecho, a ação civil pública que havia sido extinta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, teve seu curso retomado em primeira instância, tendo o ministro fundamentado no despacho que “a vedação ao nepotismo é consequência lógica do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, em obediência aos princípios da moralidade e da impessoalidade”.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº. 6938MC/MG. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22885578/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-6938-mg-stf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 17102. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309934>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

Outro caso de repercussão foi apreciado, recentemente, aos 09/04/2017, pelo ministro do STF, Marco Aurélio de Melo, em sede de decisão liminar nos autos da Reclamação 26.303¹³, tendo suspenso o decreto em que o prefeito do Município do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, nomeou o filho Marcelo Hodge Crivella para o cargo de secretário chefe da Casa Civil da Prefeitura.

Nessa ação, era argumentado que o nomeado para o cargo de secretário, além de ser parente em primeiro grau da autoridade nomeante, não possuía carreira no serviço público que pudesse motivar a escolha, sendo que a formação acadêmica dele era em psicologia cristã, e que, antes da nomeação, residia nos Estados Unidos da América.

Ao conceder a medida de urgência, o relator em menção, expôs que não havia qualquer restrição à aplicação da súmula para a nomeação para cargos de secretaria municipal e que, portanto, a nomeação questionada desrespeitaria preceito revelado na Súmula Vinculante nº. 13.

A partir desses julgamentos analisados, afere-se modificação no entendimento dos ministros da Corte quanto à aplicação da Súmula Vinculante nº. 13. A ideia de que o enunciado não seria aplicável às nomeações para cargos políticos está sendo superado, atribuindo-se máxima efetividade aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

Inclusive, há em tramitação proposta de nova súmula vinculante, que, em sendo aprovada, explicitamente vedará a prática de nepotismo e acolherá, sem qualquer margem de exclusão, a tese de nulidade das nomeações de parentes da autoridade nomeante para cargos administrativos ou políticos.

Conquanto ainda não deliberada pelo plenário, a proposta de súmula vinculante possui a seguinte redação:

Nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente.

O fato de essa proposta de súmula ainda não ter sido objeto de apreciação não foi impeditivo para que os três ministros acima referidos expusessem o entendimento de que a nomeação de familiares de agentes públicos para cargos políticos constitui ato de nepotismo e, portanto, está inquinada de vício, já que tal conclusão provém de aplicação do artigo 37, *caput*, da CF, conforme fundamentado nos despachos analisados.

Segundo se extrai dos fundamentos desses julgados, a investidura de cargos de natureza política deve ter como critério de escolha a aptidão daquele que irá exercer o *munus* público e não o vínculo sanguíneo ou de afinidade com a autoridade nomeante.

Essa é linha de raciocínio que tem sido expressa nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, em que tem sustentado que os atos administrativos questionados judicialmente, por terem violado princípios constitucionais, configurariam improbidade administrativa, conforme figura prevista no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92.

A atuação ministerial nessa seara possui base na Constituição Federal, que incumbiu ao *parquet* da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), bem como legitimou a promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (artigo 129, III). O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento quanto à legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público (Súmula 329). Notadamente, esse patrimônio é tanto o material quanto o imaterial.

A prática de nepotismo demonstra postura do gestor público inclinada à satisfação de preferências particulares na contramão do ideal de melhoria de governabilidade expostos na Reforma Gerencial, “que pressupõe e procura aprofundar os mecanismos democráticos de responsabilização e de transparência”¹⁴.

Permitir o critério de escolha de membros da família para a assunção de cargos políticos significa retornar ao modelo de administração patrimonial, que a esfera pública nada mais era de que uma extensão da esfera privada, dos interesses patriarcais.

A emissão de atos administrativos em violação aos princípios da administração pública é tipificada como conduta punível, por força do disposto no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

A nomeação baseada em laços de parentesco destoa do interesse público, conforme preceitua Emerson Garcia¹⁵:

Identificada a aparente ocorrência do nepotismo, prática de todo reprovável aos olhos da população, devem ser apuradas as causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26.303. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335818>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. 34ª edição. São Paulo: 1998. p. 109

15 GARCIA, Emerson. O nepotismo. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/o_nepotismo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

remuneração recebida e a consecução do interesse público. A partir da aferição desses elementos, será possível identificar a inadequação do ato aos princípios da legalidade e da moralidade, bem como a presença do desvio de finalidade, o que será indício veemente da consubstanciação de ato de improbidade.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, Corte responsável pela uniformização da interpretação das leis federais, em algumas oportunidades já se manifestou a respeito da configuração de ato de improbidade administrativa, que viola o artigo 11 da Lei nº. 8.429/92, a nomeação de parentes da autoridade nomeante para ocupação de cargos comissionados.

Utilizando-se a ferramenta de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal¹⁶, tendo como palavras chaves *nepotismo* e *improbidade*, localizar-se-ão 23 processos julgados disponíveis para consulta, datando o mais antigo de 2009 e o mais recente de 2017, do que se pode extrair que a matéria é reiteradamente apreciada pelo STJ.

O primeiro precedente disponibilizado no sistema de pesquisas do Tribunal refere ao Recurso Especial nº. 1090707/SP (2ª Turma), em ação popular, em que se questionava a nomeação e posse de servidores dentro do prazo de 180 antes do término do mandato do prefeito do Município de Buritama (SP). Naquela prestação jurisdicional, além de ser analisado o descumprimento da lei de responsabilidade fiscal, *obter dictum*, restou expresso o entendimento que a nomeação de parentes constituiria improbidade administrativa.

Todavia, da leitura do inteiro teor do segundo precedente disponível para consulta, que faz referência outros julgados mais antigos, verifica-se que a tese em discussão foi enfrentada STJ, pela primeira vez, no ano de 2005, no julgamento do Recurso Especial nº. 695.718/SP, em foi relator o Ministro José Delgado, onde se assentou que a prática de nepotismo caracterizaria improbidade, independentemente de dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

No precedente disponível, data de 2009, o Recurso especial nº 118.429, da relatoria da Ministra Eliana Calmon a questão foi posta como sedimentada naquele Tribunal. O caso tratou de uma Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Casa Legislativa.

Naquela ocasião, a relatora expressou que “a prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992”. Nas consultas aos precedentes posteriores, constata-se que esse entendimento foi confirmado nos julgamentos seguintes disponibilizados na página eletrônica do Tribunal.

Os cargos de natureza política, dado à posição estratégica que ocupam nos quadros da Administração, possuem relevância ímpar, sendo cruciais para diversas atividades sensíveis que, se desempenhadas de forma inadequada, podem causar danos irreparáveis ou de difícil reparação à sociedade.

Via de regra, tais cargos exercem poder de mando na estrutura dos órgãos responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas em áreas prioritárias do governo, de forma que os investidos devem possuir qualificação necessária para o mister. As nomeações devem seguir justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação, sob pena de se prejudicar o objetivo constitucional de promover o desenvolvimento (artigo 3º. Inciso II).

Considerando que a Constituição de 1988 é diretiva e não um simples instrumento de governo, instituindo programas e diretrizes, e que “não compreende tão somente um estatuto jurídico-político, mas sim um plano global normativo do Estado e da Sociedade”¹⁷, não há como descurar da especialização e profissionalização dos ocupantes de cargos da administração, especialmente os do alto escalão político, posto que, a partir de suas decisões, serão delineadas as ações governamentais alinhadas ao programa constitucional.

Por isso, em um país com intensa desigualdade social, que ostenta gritantes diferenças de acesso a direitos fundamentais nas regiões em que divide o território, a ocupação de cargos públicos, sejam eles de natureza administrativa ou políticos, não deve ser embasada em critérios personalistas ou familiares, salvo se for para tornar letra morta as diretrizes constitucionais.

“Melhorar o desenvolvimento humano requer uma política econômica de crescimento com sensibilidade social, uma agressiva política social, estreita articulação entre ambas e reformas na distribuição da renda”¹⁸, sendo que tal desiderato somente será alcançado com uma administração pública profissional e eficiente, indene do ranço das raízes patrimoniais do Brasil.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Nepotismo. Improbidade. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=nepotismo+e+improbidade>. Acesso em: 03 jul. 2017.

17 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 76

18 SOARES, Laura Tavares Ribeiro. Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina. Vozes: Petrópolis. 2001. p. 33

CONCLUSÃO

Os estudos realizados para a elaboração da presente tese revelaram modificação jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF quanto à interpretação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, especialmente quanto à eficácia normativa dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, o que corrobora de que o provimento para cargos na Administração Pública deve visar a satisfação do interesse público e não a acomodação de interesses personalistas.

No tocante à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que a nomeação para cargos públicos, baseada em critérios pessoais e familiares, destoam dos valores fundamentais do ordenamento jurídico, sendo que a conduta do administrador incide a aplicação do artigo 11 da Lei nº. 8.429/92.

Diante do panorama normativo e jurisprudencial observado, é de se constatar que o entendimento referido não está restrito à nomeação para cargos comissão, mas é igualmente aplicável ao preenchimento de cargos políticos, como de secretários municipais ou estaduais.

Assim, aplica-se a Súmula Vinculante nº. 13 às nomeações para cargos políticos na Administração Pública, sendo que a investidura em violação a esse enunciado, além da nulidade do ato administrativo, caracteriza improbidade administrativa por violação de princípios (artigo 11 da LIA).

REFERÊNCIAS

- ABU-EL-HAJ, Jawdat. **Entre a governança administrativa e a governabilidade política: uma perspectiva histórica das reformas administrativas no Brasil**. Revista Gestão e Controle. TCE/RO. Ano 1, n. 1, jan/jun.2013. p. 23/24.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Nepotismo. Improbidade**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=nepotismo+e+improbidade>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em 03 jul. 2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Nomeação para cargo político não afasta aplicação da súmula sobre nepotismo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309934>>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 17102**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309934>>. Acesso em: 02 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº. 6938MC/MG**. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22885578/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-6938-mg-stf>>. Acesso aos 03/07/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº. 13: Debates de Aprovação**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 26.303**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335818>>. Acesso em: 02 jul. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 07/CNJ, de 18/10/2005**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/imagens/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em 03 jul. 2017.
- DI PIETRO, Marya Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed, São Paulo: Atlas. 2005. p. 232.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo I**, 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.
- GARCIA, Emerson. O nepotismo. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/o_nepotismo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 76
- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras. 1982. pag. 17, 82 e 146.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª edição. Niterói: Impetus. 2013. p. 692 e 695.
- MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 1996. p.68.
- MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 1999. p. 30.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Vedação ao nepotismo nos três Poderes: irradiação da Resolução nº 7 do CNJ**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 3079, 6 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20561>>. Acesso em: 28 jul. 2015.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. 34ª edição. São Paulo: 1998, p. 17, 25, 81 e 109.
- SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina**. Vozes:Petropolis. 2001. p.33

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIOEDUCAÇÃO¹

VANESSA HARMUCH PEREZ ERLICH²

Área de atuação: Infância e Juventude

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO – 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIOEDUCAÇÃO – 2.1 Base Legal – 2.3 Hipóteses de aplicação – 3 SÍNTESE DOGMÁTICA – 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO:

O presente estudo versa sobre a aplicação da justiça restaurativa na área infracional da infância e juventude. Para melhor compreensão do tema, apresenta-se uma introdução, seguida do fundamento legal e de hipóteses de aplicação. Ao final, apresenta-se a síntese dogmática.

Palavras-Chave: 1. Justiça Restaurativa; 2. Infância e Juventude; 3. Socioeducação.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça do Estado do Paraná desde 1997, a partir de 2013 a frente da 14ª Promotoria de Justiça de Ponta Grossa, com atribuição na área infracional da Infância e Juventude e nos crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Designada para atuar no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania-CEJUSC de Ponta Grossa-PR. Mestre em Psicologia Forense pela Universidade Tuiuti do Paraná-UTP (2017). Capacitada como Facilitadora de Justiça Restaurativa pela AJURIS-Escola Superior da Magistratura. Capacitada pelo CNMP para Negociação e Mediação no âmbito do Ministério Público. Membro da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Membro do Comitê Permanente de Incentivo à Autocomposição do Ministério Público do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Segundo ZEHR, o movimento de justiça restaurativa começou a partir de 1970 nos Estados Unidos e no Canadá, por meio do chamado Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (*Victim Offender Reconciliation Program-VORP*), em vista da crise do paradigma punitivo, onde se começou a repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo, tanto para a vítima, quanto para o ofensor e para a comunidade³. Ao contrário da justiça retributiva, onde o Estado retira das pessoas a possibilidade de resolver o conflito, para infligir castigo ao violador da lei, sem se preocupar com as necessidades da vítima, ensina o mesmo autor que, na justiça restaurativa o crime é tido como uma violação de pessoas e relacionamentos interpessoais, e tais violações acarretam obrigações, a principal de corrigir o mal praticado, ocupando a vítima papel central, responsabilizando-se o ofensor e chamando para participar da construção da solução membros da comunidade⁴.

Como ensina GIAMBERARDINO, a justiça restaurativa não possui conceito estabelecido, e um excelente ponto de partida é a definição adotada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas que, por meio da Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002⁵, preceitua-a como “processo no qual vítima e ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões dele oriundas, geralmente com a ajuda de um facilitador⁶”.

Toda a tese restaurativa iniciou-se, portanto, dentro do direito penal, mas à medida que a teoria e a prática foram se desenvolvendo, sua aplicação foi se expandindo para outras áreas. No sistema de justiça juvenil, merece destaque a iniciativa da Nova Zelândia em 1989, fazendo o modelo restaurativo predominar sobre o retributivo, com a utilização das chamadas Conferências de Grupos Familiares⁷.

ACHUTTI leciona que, qualquer que seja a metodologia utilizada na justiça restaurativa, há princípios básicos que devem estar presentes, sob pena do trabalho se tornar opressivo. São eles: a *não-dominância do encontro por quaisquer dos participantes*; o *empoderamento de todos*; o *respeito aos limites previstos em lei como sanção*; a *escuta respeitosa*; a *igualdade entre todos*; a *adesão voluntária pelas partes, com possibilidade de desistirem a qualquer momento e o respeito aos direitos humanos*⁸. Segundo o mesmo autor, não existe um procedimento prévio a ser adotado e, existindo os princípios mencionados, podemos ter uma gama de processos restaurativos possíveis, denominados práticas restaurativas, citando como exemplo o *Apoio à Vítima*, a *Mediação Vítima-Ofensor*; a *Conferência Restaurativa*, os *Círculos de Sentença e Cura*, dentre outros⁹.

No Brasil, destaca-se o trabalho articulado através da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, que a partir de 2005 passou a desenvolver um conjunto de iniciativas na justiça juvenil, para desenvolver a justiça restaurativa como política pública na área, consolidado pelo Projeto Justiça para o Século 21, relatado por AGUINSKY¹⁰. A metodologia escolhida foram os círculos restaurativos, com base na liderança partilhada em diálogo isonômico regrado pelo objeto da palavra ou bastão da fala, oriundos das culturais ancestrais, com a inserção de balizas para transformação dos conflitos, como a comunicação não-violenta, a escuta qualificada, a confidencialidade e a construção do consenso, baseados nos ensinamentos de PRANIS, instrutora de Círculos de Construção de Paz e Justiça Restaurativa¹¹. A partir disso, diversos foram os focos de aplicação de justiça restaurativa no país.

Na justiça restaurativa exploram-se sentimentos a partir das consequências do fato, com o resgate de valores, havendo alguns pilares: empoderamento e cuidado da vítima; responsabilização do ofensor e reparação do dano (em sentido amplo); construção, por todos os diretamente e indiretamente afetados pelo dano, inclusive a comunidade, de um novo caminho a ser seguido.

3 ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: Teoria e prática*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

4 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 171.

5 Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 12 de agosto de 2017.

6 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da Punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 154.

7 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 168.

8 ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

9 ACHUTTI, Daniel Silva. *Op. Cit.*, p. 78.

10 AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. *A introdução das práticas de Justiça Restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do Projeto Justiça para o Século 21*. In: BRANCHER, Leoberto; SUSIANI, Silva (Coord.). *Justiça para o Século 21: Instituinto práticas restaurativas, semeando justiça e pacificando violências*. Porque Alegre: Nova Prova, 2008, p. 28.

11 PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIOEDUCAÇÃO

2.1 BASE LEGAL

A política pública de tratamento adequado aos conflitos nasceu no Brasil em 2010, com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, fomentando a autocomposição de litígios. Embora o foco tenha sido a conciliação e a mediação, por meio de emenda, a partir de 2013, houve menção ao método restaurativo. Como alertam ALMEIDA e OLIVEIRA, a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso¹².

Em 2012, o SINASE-Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, instituído pela Lei Federal 12.594/2012, tornou lei os princípios restaurativos, na medida em que erigiu como “prioridade o uso de práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (artigo 35, inciso III da Lei 12.594/12).

Em 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 118, criou Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, a partir do que aos Ministérios Públicos brasileiros se incumbiu, em atenção às diretrizes fixadas pelo CNMP, implementar e adotar mecanismos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas, em especial os chamados mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação e o processo restaurativo, assim como prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Como postula TIVERON, a atuação do Ministério Público em iniciativas como a justiça restaurativa, tanto no papel de coparticipante como de fomentador, oportuniza à instituição reassumir seu papel de protagonismo, revelado na busca de maior eficiência do sistema de justiça, aproximando-o da comunidade e reforçando sua identidade constitucional¹³.

No Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça vem promovendo, desde maio de 2014, capacitações de juízes e servidores, visando à implantação da justiça restaurativa no estado, criando a Comissão de Justiça Restaurativa (Portaria 11/2014), com a finalidade de deliberar acerca da política de práticas restaurativas. O Ministério Público do Estado do Paraná lançou, em 08 de abril de 2015, o projeto “MP RESTAURATIVO E A CULTURA DE PAZ”, para estimular o debate sobre as práticas restaurativas e outros meios autocompositivos de solução de conflitos, viabilizando o estabelecimento de uma política institucional. Algumas cidades do estado estão criando a política municipal na área, por meio de legislação local, e há diversos programas e ações na área da infância e juventude, desde o tratamento do ato infracional com o método da justiça restaurativa, até a aplicação de práticas restaurativas na rede de atendimento e nas escolas.

2.2 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

Justiça Restaurativa e ato infracional

Na área socioeducativa, embora desde 2012 haja determinação legal para a aplicação prioritária de práticas restaurativas na execução de medidas socioeducativas, verifica-se que não houve alterações no sistema de justiça. Na grande maioria dos casos, o tratamento dispensado ao ato infracional é retributivo.

Algumas vezes se levantam no sentido de que a doutrina da proteção integral, estabelecida no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, ao romper com o padrão anterior de tratamento da criança e do adolescente oficializada pelo Código de Menores de 1979, elevou essa população à titulares de direitos fundamentais, como todo ser humano. Isso porque a nova doutrina trouxe a corresponsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado de assegurar aqueles direitos, exigindo que, tanto na área infracional quanto para fins protetivos, haja uma série de medidas governamentais por meio de políticas sociais básicas, programas de assistência social e serviços especiais de prevenção e tratamento médico, dentre outros. Entretanto, duas questões se levantam; a primeira é, nos dizeres de AMIN, que o princípio da proteção integral está “perfeitamente delineado no campo legal, mas o desafio é torná-lo real”¹⁴; a segunda, é o fato de que toda a sistemática de tratamento do ato infracional segue o paradigma retributivo.

Como adverte KONZEN, “a decisão de aplicar medida socioeducativa ao adolescente expressa um mundo de valores em que prepondera a força, o poder, a ordem, o controle, a inflexibilidade, a segurança, o respeito segundo o ditado da lei, valores

12 ALMEIDA, Gregório Assagra; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer. *Mecanismos Autocompositivos no Sistema de Justiça*. In: Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público do Conselho Nacional do Ministério Público, 2 ed., Brasília: CNMP, 2015, p. 82.

13 TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicotomia do Direito*: A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 435.

14 AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da proteção integral*. In: Maciel, K. R. F. A. (org), *Curso de direito da criança e do adolescente aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 52-57.

sociais desejados pela ordem jurídica e, por isso, confiados à defesa do Estado-Juiz¹⁵, não se buscando a reconciliação das relações rompidas, nem o cuidado com a vítima do ato infracional. BRANCHER pontua que na prática, “independentemente do contexto normativo ou da área de aplicação institucional que se escolha para abordar, as principais falhas do sistema de justiça residem em (a) não promover uma escuta qualificada dos conflitos, (b) não atender às necessidades a eles subjacentes, e (c) não promover responsabilização¹⁶”.

Nesse cenário, de um perfeito delineamento legal que não se transfere para a prática, baseado em um paradigma retributivo em crise mundial, forçoso reconhecer o papel importantíssimo de tratar o ato infracional de forma a proporcionar o protagonismo de cada um dos envolvidos ou interessados na busca de soluções para o dano e sua consequência, com responsabilização e formação de consciência no adolescente, restaurando laços de relacionamento e confiabilidades social rompidos com a infração.

Não se defende aqui o abolicionismo do modelo retributivo, nem o abandono da luta para que o comando constitucional seja obedecido e realmente implementado, mas sim a possibilidade da justiça restaurativa ser aplicada, na área infracional, ao maior número de casos possíveis, como tratamento mais adequado ao alcance dos objetivos da socioeducação. Ainda, caso o paradigma retributivo se mostre o mais adequado ao caso, que a medida socioeducativa possa ser executada sob um enfoque restaurativo, como por exemplo, com a confecção do Plano Individual de Atendimento por meio de círculo restaurativo.

Em Ponta Grossa-PR, desde o ano de 2014, os dois modelos de tratamento são aplicados, ora exclusivamente, ora paralelamente. Os casos são selecionados geralmente na oitiva informal, quando então, em sede de remissão ministerial, aplica-se a reparação do dano ou a liberdade assistida, encaminhando as partes para o trabalho restaurativo, onde, em sede de práticas restaurativas, elabora-se a melhor forma da execução da medida. Em alguns casos, quando se percebe conflito apto a ser tratado pelo método restaurativo, mas que não se entende ser o caso de aplicação de medida socioeducativa, esta agente requer, de forma fundamentada, a suspensão do procedimento de apuração do ato infracional, remetendo o caso à equipe capacitada, para tratamento do conflito pelo trabalho restaurativo, e em caso de consenso, há posterior avaliação do interesse em se continuar com o procedimento (hipótese em que se promove o arquivamento), ou mesmo de concessão de remissão simples.

Atos Infracionais Escolares - Escola Restaurativa

Várias são as demandas que constantemente chegam ao Ministério Público por parte das escolas públicas. O que pode se perceber destes contatos é o total descontentamento de professores, funcionários, alunos e pais com as questões escolares. WILLIAMS e STELKO-PEREIRA ao resumir o momento escolar atual, apontam que o professor e a equipe da escola pública não dispõem de recursos materiais e humanos para realização adequada de suas tarefas, estando muitas vezes desmotivados; que os alunos não sabem seus limites e não cumprem as regras da escola; que todos presenciam a violência, em sentido amplo, cada vez mais presente no ambiente escolar¹⁷.

Refletindo sobre tais questões, importa reconhecer que o melhor para as escolas é que tenham ferramentas para modificar essa realidade, não dependendo de órgãos externos para resolver seus problemas, já que tratar tudo como ato infracional passível de atuação do sistema de justiça, ainda que com futura aplicação de medida socioeducativa, não vem se mostrando efetivo para criar consciência nos envolvidos. Essa ferramenta não poderia ser outra: a justiça restaurativa, ou melhor, seus princípios e metodologia. Nasceu então o projeto Escola Restaurativa, numa parceria do Ministério Público e do Poder Judiciário da Comarca de Ponta Grossa-PR, sendo que foram capacitados alguns professores da rede estadual de ensino, aptos a facilitar círculos de construção de paz, para desenvolver na escola um trabalho preventivo e de intervenção, melhorando tanto o relacionamento entre professores e equipe, o relacionamento entre alunos, o desenvolvimento de valores, trabalhando também com pequenos conflitos escolares e situações de indisciplina, para que se busque uma solução construída por todos. Obviamente que, ocorrendo atos infracionais, estes a princípio terão o tratamento tradicional pelos órgãos competentes. Atualmente são cinco as escolas participantes do projeto, sendo que na primeira delas houve redução significativa do registro de atas escolares por indisciplina, bem como de atos infracionais.

Interessante mencionar que alguns dos professores capacitados, no ano de 2014, passaram a praticar atividades dentro de sala de aula com o uso das práticas circulares, tanto para melhorar o relacionamento, quanto para trabalhar alguns conteúdos, e

15 KONZEN, Afonso Armando. Justiça juvenil restaurativa na comunidade: A prática do encontro antes de sua conformação jurídica. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Coord.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 35.

16 BRANCHER, Leoberto. *Justiça, responsabilidade e coesão social*. Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 07.

17 WILLIAMS, Lucia Cavalcanti Albuquerque; STELKO-PEREIRA, Ana Carina. *Violência Nota Zero: Como aprimorar as relações na escola*. São Carlos: EDUFSCAR, 2013, p. 13 e 148-165.

o resultado foi positivo. Tive a oportunidade de assistir a uma dessas aulas, e realmente percebi a diferença de atenção e postura dos alunos, sendo que a professora responsável pôde constatar um aumento considerável nas notas após o início de tais atividades. PRANIS defende que, na tarefa de preparar as futuras gerações para o mundo, o círculo se torna uma ferramenta essencial para transmitir o conhecimento, criar um fórum de diálogo reflexivo e estimular o uso de soluções criativas e pacíficas para os conflitos¹⁸. As possibilidades são intermináveis.

A aplicação de práticas restaurativas no ambiente escolar, na medida em que remeterá todos os envolvidos a uma rede de pertencimento, fará total diferença para alcançar o resultado que todos esperamos: a escola como reduto de formação de cidadãos conscientes, responsáveis, preparados para viver e que incorporem os Direitos Humanos na vida diária.

3. SÍNTESE DOGMÁTICA

Primeira:

A atuação do Ministério Público em iniciativas para aplicação da justiça restaurativa na infância e juventude oportuniza à instituição reassumir seu papel de protagonismo, revelado na busca de maior eficiência do sistema de justiça, aproximando-o da comunidade e reforçando sua identidade constitucional.

Segunda:

O modelo restaurativo de resposta ao ato infracional, onde o adolescente, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, participam conjuntamente de encontros, com a ajuda de facilitadores capacitados, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano e para a reestruturação da vida do adolescente, deve ser buscado na área da infância e juventude com preponderância ao sistema retributivo.

Terceira:

O modelo restaurativo de tratamento do ato infracional não exclui necessariamente o modelo retributivo, podendo ambos coexistirem, com aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente em conflito com a lei, aliada ao uso de práticas restaurativas, como para confecção do Plano Individual de Atendimento ou reintegração familiar.

Quarta:

A atuação do Ministério Público em iniciativas para aplicação de práticas restaurativas no ambiente escolar, tanto como prevenção como tratamento do ato infracional escolar, pode contribuir para a solução de muitos problemas ligados à violência, com impacto nas ocorrências infracionais escolares.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da proteção integral*. In: Maciel, K. R. F. A. (org), *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 52-57.

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. *A introdução das práticas de Justiça Restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do Projeto Justiça para o Século 21*. In: BRANCHER, Leoberto; SUSIANI, Silva (Coord.). *Justiça para o Século 21: Instituinto práticas restaurativas, semeando justiça e pacificando violências*. Porque Alegre: Nova Prova, 2008, p. 28.

¹⁸ PRANIS, Kay. *Op. Cit.*, p. 98.

ALMEIDA, Gregório Assagra; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer. *Mecanismos Autocompositivos no Sistema de Justiça*. In: Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público do Conselho Nacional do Ministério Público, 2. ed., Brasília: CNMP, 2015, p. 82.

BRANCHER, Leoberto. *Justiça, responsabilidade e coesão social*. Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 07.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da Punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 154.

KONZEN, Afonso Armando. Justiça juvenil restaurativa na comunidade: A prática do encontro antes de sua conformação jurídica. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Coord.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 35.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 435.

WILLIAMS, Lucia Cavalcanti Albuquerque; STELKO-PEREIRA, Ana Carina. *Violência Nota Zero: Como aprimorar as relações na escola*. São Carlos: EDUFSCAR, 2013, p. 13 e 148-165.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: Teoria e prática*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 171.

AJUIZAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA ORIUNDA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA PENAL¹

VILSON FARIAS²

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 VILSON FARIAS, Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito pela Universidade de Granada (Espanha). Pós-Doutorado pela Universidad Del Museo Social Argentino (Argentina). Mestre em Direito Civil – Responsabilidade Civil – pela Universidade de Granada (Espanha). Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Licenciado em Letras Português/Inglês pela Universidade Católica de Pelotas e Educação Moral e Cívica pela Universidade Federal de Pelotas. Promotor de Justiça aposentado. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCCrim. Membro da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Membro da Academia Pelotense de Letras. Advogado. Autor dos livros: Temas de Direito Criminal; Temas de Direito Público e Privado; Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça; Flamante reforma do Código de Processo Penal; Comentários em torno das reformas no âmbito do Direito Criminal e Direito Administrativo atinentes à Lei de Trânsito (Lei 11.705/2008 – Lei Seca); O Tribunal do Júri e os delitos de trânsito (dolo eventual e culpa consciente); Os direitos e deveres do empregado e empregador doméstico à luz da Emenda Constitucional nº 72/2013 (com incursão no Direito Comparado) – Aspectos materiais, processuais e sociológicos; Ação Popular – na doutrina, na jurisprudência e na prática (com incursão no direito comparado); Coautor do livro Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, 2013, apresentando a tese: O Ministério Público e Ampliação das Políticas Públicas para os idosos através de um número maior de Promotorias Especializadas e o Artigo 478 do CPP: aplicação e constitucionalidade; Livro: Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público, 2011, tese: A convivência do Ministério Público, 2009, tese: O Ministério Público e a Vítima do Direito, além de inúmeros artigos para jornais e revistas especializadas; Autor do artigo Convivência do Ministério Público com a vítima (tendências internacionais, principalmente a luz do direito português e brasileiro), publicado na edição 76 (janeiro – abril de 2015) da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

É razoável que o magistrado valendo-se do poder geral de cautela, previsto no novo código de processo civil, possa ampliar o rol de medidas cautelares, desde que devidamente fundamentadas em dados concretos e adequadas à efetivação da tutela judicial, seja para apurar as verdades dos fatos, seja para assegurar a aplicação da legislação penal, até porque o processamento do recurso em sentido estrito (apenas para exemplificar) demanda tempo, na maioria das vezes diante da lentidão do poder judiciário e enquanto isto os denunciados poderão dar sequência as suas condutas delituosas.

Como nos ensina José Nilton Costa de Souza no sentido de que “a tutela cautelar atípica e o exercício do poder de cautela do juiz soam como essenciais para o sistema processual penal constitucional, sendo lógico deste na medida em que necessário ao preenchimento dos princípios da proporcionalidade, na modalidade da proibição de proteção deficiente e princípio da efetividade, princípio da inafastabilidade da jurisdição”.³

A respeito da possibilidade de adoção de medidas cautelares com base no poder geral de cautela, colhe-se o seguinte precedente do STF:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC. [...] **3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º).** [...] (HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, Dje-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 451-459).

O poder judiciário brasileiro vem adotando em todo país as audiências de custódia, em obediência a orientação do Conselho Nacional de Justiça. Diante do indeferimento do pedido de prisão preventiva do indiciado ou denunciado pode o Ministério Público socorrer-se do ajuizamento da respectiva medida cautelar para dar mais serenidade ao caso concreto, embora muitos representantes do parquet principalmente no estado do Rio de Janeiro tenham se socorrido do ajuizamento de mandado de segurança.

2. INTRODUÇÃO

O ajuizamento de tal medida cautelar oriunda do novo Código de Processo Civil prevista no artigo 297, por parte do Ministério Público, vem acontecendo em todo o Brasil e o tema não é pacífico entre os Tribunais, razão pela qual passaremos a discorrer em torno do assunto, elencando uma síntese de pedidos analisados e decididos de forma contraditória pelos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul.

3. SÍNTESE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Número: 1.0000.15.034145-1/000 / Numeração: 0341451

Relator: Des.(a) Renato Martins Jacob

Relator do Acórdão: Des(a) Renato Martins Jacob

Data do Julgamento: 27/08/2015

Data da publicação: 08/09/2015

Inicialmente passamos a transcrever literalmente a síntese da ementa deste acórdão:

³ SOUZA, José Nilton Coste de. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>. Acesso em 10.07.16.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA – HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 584 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. – A simples demora no trâmite do recurso em sentido estrito não é fundamento relevante a ponto de justificar a concessão de medida cautelar que visa à recondução do requerido ao cárcere, porque não evidenciada a existência de risco concreto à efetividade da ação principal.

CAUTELAR INOMINADA – CRIME Nº 1.0000.15.034145-1/000 – COMARCA DE RIBEIRÃO DAS NEVES – REQUERENTE (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – REQUERIDO (A) (S): JULIANO FERNANDO DOS REIS – VÍTIMA: GUILHERME ALVES PEREIRA – INTERESSADO: WESLEW BARBOSA DE ASSUNÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2º CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR.

DE. RENATO MARTINS JACOB

RELATOR.

4. VOTO DO DESEMBARGADOR RENATO MARTINS JACOB (RELATOR)

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe ação cautelar inominada, com pedido de liminar, contra a r. decisão que concedeu liberdade provisória a J. F. R., envolvido, em tese, na prática do delito do artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal c/c art. 12 do Estatuto do Desarmamento.

Inconformado com a decisão, o Órgão acusatório interpôs recurso em sentido estrito e, concomitantemente, ajuizou a presente cautelar inominada, a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso.

O recorrente invoca o art. 304 do Regimento Interno do STF e alega ser possível a atribuição de efeito suspensivo, com base no art. 798 do Código de Processo Civil, que concede ao Magistrado o poder geral de cautela.

Depois de tecer um breve histórico dos fatos, destacando que o homicídio teria sido praticado por mera vingança, alega que a primariedade do agente não poderia ser motivo suficiente para a concessão da liberdade provisória, diante da presença dos requisitos e pressupostos para a prisão preventiva.

Aponta a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e pugna pela concessão da liminar, nos termos do art. 804 do Código de Processo Civil, “sustentando-se, em consequência, a decisão que concedeu a liberdade provisória em favor do requerido, fl. 28, devendo fazer restaurar a construção à liberdade dele, expedindo o competente mandado de prisão”. No mérito, pede a confirmação da liminar, para que o recorrido permaneça encarcerado até o julgamento final do recurso em sentido estrito.

Deferido o processamento da cautelar, o pedido de liminar foi por mim indeferido em 06.05.2015.

Em resposta, o recorrido suscitou preliminar de extinção sem resolução do mérito; e, no mérito propriamente dito, pugnou pelo indeferimento do pedido, invocando princípio da unirrrecorribilidade e a ausência de previsão legal para atribuição de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da medida cautelar.

A matéria suscitada em sede de preliminar confunde-se com o mérito e como tal será analisada.

A medida cautelar não é um fim em si e seu aspecto mais evidente é a instrumentabilidade, servindo apenas para garantir a efetividade de outro provimento judicial, diante da necessidade de contornar aquelas demoras capazes de gerar a ineficácia da decisão no processo principal.

No caso, o requerente invoca o poder geral de cautela (CPC, art. 798) para, desde logo, reconduzir o requerido ao cárcere, até que seja definitivamente apreciado o recurso em sentido estrito contra a decisão que lhe concedeu a liberdade provisória, no bojo da ação penal pública em que se apura a prática do delito de homicídio qualificado e posse irregular de arma de fogo.

Ocorre que, tal como consignado na liminar, não há mesmo nenhum risco de perda de eficácia do recurso em sentido

estrito já interposto. Ainda que se admita que sua apreciação em 2ª Instância possa não ser célere (o que ainda é apenas uma hipótese), se a irresignação vier a ser acolhida, o Estado-Juiz ainda terá à sua disposição todos os meios de coerção para efetivar a ordem de prisão cautelar.

Ou seja, independente do deferimento de qualquer medida cautelar, subsistirão intactas as medidas necessárias para promover o retorno do requerido ao cárcere, seja quando for. Não há risco de prescrição da pretensão punitiva, nem se vislumbra a superveniência de qualquer outro fato capaz de inviabilizar a concretização do objeto do recurso em sentido estrito.

Em suma, da apontada demora da prestação jurisdicional não há risco para a eficácia da medida a ser tomada.

A conclamada necessidade de se resguardar a ordem pública, em face do risco na reiteração de práticas criminosas por parte do requerido, é questão de mérito que merecerá apreciação no julgamento do recurso em sentido estrito, mas que é questão estranha à cautelar. Aqui, o que se aprecia é apenas o aspecto instrumental da medida, ou seja, o risco de ineficácia do provimento principal almejado. Nada mais.

E confundir tais questões seria, sem dúvida, antecipar o julgamento do recurso em sentido estrito, violando os princípios do devido processo legal e da unirrecorribilidade, porque estaria o Ministério Público se valendo de duas vias recursais para o mesmo propósito, além de que a deliberação sobre a presença, ou não, do risco à ordem pública, esvaziaria o próprio recurso.

Considerando no sistema constitucional, a regra não é a segregação dos acusados de crimes, mas sim, a liberdade, o que o poder geral de cautela nos recomenda, no caso, é o indeferimento da medida cautelar, porquanto a demora no processamento do recurso em sentido estrito, por si só, não é o bastante para a concessão de qualquer medida assecuratória.

Caso contrário, todo recurso contra as decisões concessivas de liberdade provisória teriam, duplo efeito e, como sabido, o art. 584 do Código de Processo Penal expressamente não prevê o efeito suspensivo contra tais decisões.

Mercê de tais considerações, indefiro a medida cautelar.

Custas pelo Estado.

DES. CATTÁ PRETA – De acordo com o (a) Relator (a)

DES. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES – De acordo com o (a) Relator (a)

SÚMULA: “INDEFERIRAM A MEDIDA CAUTELAR”

ACÓRDÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Nº 7006979211 (Nº 0190115-12.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, em conhecer a ação como medida cautelar preparatória do recurso em sentido estrito, outorgando-lhe efeito suspensivo ativo e suspender a decisão que indeferiu a prisão, decretando a prisão preventiva de Nelson Antônio da Silva Fernandes, Wagner Nicoletti Fernandes, Mauro Fernando Silveira Silva, José Edson Rangel de Medeiros, Silvio Luis Soares Vargas, Elizeu Valdemir Bueno, Rafael Aires Vieira, Gerson Roberto Peixoto Garcia, Eduardo Felipe Faustini de Medeiros, Carlos Henrique Barros Guimarães e Everton Marques Porto, determinando a expedição dos respectivos mandados e citação por carta de ordem.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR (PRESIDENTE) E DR. SANDRO LUZ PORTAL.**

Porto Alegre, 14 de julho de 2016.

DES.^a JUCELINA LURDES PEREIRA DOS SANTOS, Relatora.

RELATÓRIO

6. SÍNTESE DO VOTO DA DES.^a JUCELINA LURDES PEREIRA DOS SANTOS (RELATORA)

Trata-se da interposição do Recurso em Sentido Estrito, previsto no art. 581, inciso V do Código de Processo Penal, concomitante com Medida Cautelar Inominada, com base no art. 297 do Código de Processo Civil pelo Ministério Público.

A Desembargadora Jucelina Lurdes Pereira dos Santos (relatora), no que tange aos requisitos de admissibilidade, conheceu a medida ajuizada pelo Ministério Público como ação cautelar inominada, com base no art. 297 do Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária é autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, porque embora as leis processuais penais estabeleçam, de modo geral, os procedimentos necessários à realização do direito material, não raras vezes acontecem situações de perigo e ameaça à atividade jurisdicional postulada, acarretando risco de torná-la infrutífera ou insuficiente, emergindo a necessidade de proteção acautelatória para se assegurar a eficácia da tutela pretendida, prevalecendo o interesse sobre o particular.

Quanto ao mérito, assiste parcial razão ao Ministério Público, pois a seu ver, estão presentes os pressupostos e os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Postulada a prisão preventiva dos denunciados, o Magistrado entendeu pelo indeferimento do pedido.

No momento do indeferimento do pedido, já existiam, a seu ver, elementos robustos acerca da materialidade e da autoria dos delitos, aptos a ensejar o decreto da prisão preventiva.

Como forma de assegurar a ordem pública, faz-se imprescritível o decreto da prisão preventiva dos sócios e executores diretos da ação.

Com relação aos demais acusados, depreende-se do atual estágio da investigação, não vê a necessidade, por ora, da decretação da prisão deles, bastando no momento à segregação dos líderes e principais executores da organização.

Isto posto, votou a Desembargadora no sentido de conhecer ação como medida cautelar preparatória do recuso em sentido estrito, outorgando-lhe efeito suspensivo ativo e suspender a decisão que indeferiu a prisão, decretando a prisão preventiva, determinando a expedição dos respectivos mandados e citação por carta ordem.

O doutor Sandro Luz Portal acompanhou o voto da eminente relatora, que bem apreciou as razões probatórias que indicam a presença do elemento de risco autorizador do decreto de custódia, diante da notícia de reiteração criminosa, da gravidade do conjunto de fatos que corresponde à acusação e da evidente influência que podem os agentes gerar na higidez da coleta dos elementos probatórios.

Associa-se, por igual, ao juízo de admissibilidade do incidente como cautelar incidental, utilizada pelo órgão denunciante como sucedâneo do efeito que, na origem, o recurso em sentido estrito não possui.

Salienta que não se observa, na lei processual, figura recursal específica que permita, num juízo a priori e de risco, examinar a tutela cautelar resultante do indeferimento do pedido construtivo deduzido pelo órgão acusatório.

O direito é sistêmico, não se podendo interpretar a ausência de recurso específico como impossibilidade jurídica do pedido de prestação da jurisdição criminal de risco. E, dentro do universo processual amplamente considerado, excluída que se encontra pela mais contemporânea jurisprudência das cortes superiores a pertinência do mandado de segurança, socorre-se a parte denunciante da cautelar de competência originária da corte a quem competirá a final, o exame mais amplo da inconformidade que se encontra em processamento e que, por sua natureza, não possui o condão de suspender os efeitos da decisão denegatória.

Assim, encaminha posição convergente com o voto da eminente Relatora, concedendo, no plano cautelar incidental, parte da tutela de urgência pretendida pelo órgão acusatório, nos termos do voto.

O desembargador José Antônio Daltoé Cezar (presidente), concordou com a Relatora.

7. HABEAS CORPUS Nº 365.838 – RS (2016/0206721-2) PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

IMPETRANTE: THIAGO SEIDEL E OUTROS

ADVOGADO: THIAGO SEIDEL E OUTROS – RS 087727

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE: E. F. F. M. (PRESO)

RELATÓRIO:

EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (RELATOR):

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de E. F. F. M., no qual se aponta como autoridade coatora a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que por unanimidade, conheceu a ação cautelar preparatória requerida pelo Ministério Público, para conceder efeito suspensivo ativo a recurso em sentido estrito interposto pelo órgão acusatório contra a decisão que concederá a liberdade provisória ao paciente. O acórdão impugnado restou assim ementado (e-STJ fl. 24):

ACÇÃO CAUTELAR. CONHECIMENTO COMO MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA TORTURAS. ROUBOS. INCENDIOS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

A) É possível que o magistrado, valendo-se do poder geral de cautela, previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil, ampliar o rol de medidas cautelares, desde que devidamente fundamentadas em dados concretos e adequadas à efetivação da tutela judicial.

B) Presentes os requisitos da prisão para a garantia da ordem pública e demonstrada a extrema periculosidade e o risco social que representam os acusados, a decretação da preventiva é medida que se impõe, até porque após a imposição de medidas cautelares substitutivas da prisão, descumpriram as ordem.

Ação conhecida como medida cautelar preparatória do recurso em sentido estrito, a qual outorgo efeito suspensivo ativo, suspendendo a decisão que indeferiu a prisão.

Afirma a interpretação, em síntese, ser inepta a denúncia que imprecisa, deixando de especificar qual a participação do denunciado nos fatos que elenca, cerceando o seu direito a defesa. A ação penal deve ser trancada, porquanto não há fundamento legal que ampare e os fatos atribuídos ao paciente não se coadunam com a realidade dos acontecimentos.

Faz considerações sobre o mérito da ação penal e sobre a inexistência de provas suficientes a vincular o paciente aos fatos na denúncia, sustentando a ausência de participação do acusado em qualquer fato delituoso.

Segundo afirma, não há nos autos elementos suficientes a vincular o denunciado aos fatos, mesmo porque não há participação do paciente nos crimes descritos, surpreendendo-se com a quantidade de fatos vinculados à empresa Nasf, visto que tomou conhecimento destes somente com o recebimento da denuncia.

Ademais, estão ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, devendo assim, prevalecer a decisão do Juiz da causa que indeferiu o pedido de conversão da prisão temporária em preventiva, por estar mais próximo dos fatos. A invocação da gravidade do crime não autoriza a medida, nos termos da jurisprudência que cita.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 675/677), foram prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls 686/797 e 799/825).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do mandamus, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 830/836)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ADOTADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INÉPCIA DA DENUNCIA. MATÉRIA NÃO ABORDADA NO JUÍZO A QUO. SUPRESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FLAGRANTE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

A hipótese é de não conhecimento do pedido, porquanto, data vênia, a impetrante está utilizando o habeas corpus como substitutivo de recurso especial. Em referencia à alegação de nulidade por inépcia da denúncia, o mandamus não deve ser conhecido, uma vez que tal matéria não foi abordada pela Corte de origem, obstando, dessa forma, o respectivo exame pelo superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. A decisão combatida está devidamente fundamentada, tendo demonstrado com dados concretos que a liberdade do Paciente coloca em risco a ordem pública, diante da real periculosidade dos agentes, revelada pelos modus operandi, além da efetiva possibilidade de reiteração criminosa. Entendendo a autoridade coatora pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar a segregação cautelar, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir as condutas ilícitas desenvolvidas pelo paciente, diante da presença do periculum libertatis, bem demonstrado na espécie.

É o relatório

8. SÍNTESE DO VOTO DO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Rio Grande do sul, com base em Procedimento Investigatório conduzido pelo GAECO, amparado em interceptações telefônicas dos envolvidos, busca e apreensões autorizadas judicialmente e após prisão temporária dos envolvidos, ofereceu denúncia contra o ora paciente e outras 29 pessoas, requerendo a decretação da prisão preventiva dos acusados, à exceção de A.L.O.P.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 288-A do Código Penal, art. 14 da Lei 10.826/2003 (2 vezes), art. 1º, I, a, c/c o § 2º, I e II, do Código Penal, art. 250 do código Penal, art. 146 do Código Penal e art. 147 do Código Penal na forma do art. 29 e 69 do Código Penal.

Segundo o Ministério Público, os acusados, sócios ou de alguma forma associados à empresa prestadora de serviços de zeladora e segurança preventiva, organizaram-se como milícia privada, para a prática de diversos crimes extremamente graves, como torturas, crimes patrimoniais, incêndios, invasões de domicílio e ameaças.

O MM. Juiz de primeiro grau indeferiu o pedido.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito e, também, medida cautelar inominada, requerendo a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, para o fim de suspender a decisão que indeferiu a prisão. O Tribunal a quo conheceu do pedido como medida cautelar preparatória do recurso em sentido estrito, outorgando-lhe efeito suspensivo ativo e suspendeu a decisão que indeferiu a prisão, decretando a prisão de 11 acusados, dentre eles o paciente.

O art. 3º do Código de Processo Penal permite a aplicação analógica de dispositivos do Código de Processo Civil.

Novo código de Processo Civil expandiu a possibilidade de o julgador decidir e de a parte requerer tutelares provisórias de urgência ou de evidência, em caráter antecedente ou incidental, inclusive no âmbito recursal, bastando a leitura dos arts. 294, § único, 300, 932, II, 995, § único.

Se trata aqui de admitir a possibilidade de o relator deferir uma tutela acautelatória, em casos específicos, tão somente quando presentes os requisitos indispensáveis, de modo a resguardar a eficácia da decisão de mérito do recurso.

No contexto, entendo que a prisão preventiva encontra-se devidamente justificada na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta das condutas praticadas, em atividade típica de milícia privada.

Demonstrados, por tanto, os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se verifica a ilegalidade sustentada.

Como cediço, o habeas corpus, dado o seu rito célere e cognição sumária, não é o instrumento adequado para ampla dilação probatória, providência indispensável para o acolhimento da pretensão, tal como veiculada no presente mandamus.

9. JUSTIFICATIVA E CONCLUSÃO

Como se depreende das decisões em tela, o tema é polêmico. A defesa dos réus não se conforma que estão presos ainda, principalmente aqueles que tiveram a prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul.

A lentidão do juízo de Pelotas diante da burocracia do poder judiciário, ainda não encaminhou o recurso em sentido estrito ajuizado pelo Ministério Público (até a data de hoje, 19/06/2017).

Diante da negativa do STJ as defesas dos réus através do advogado Jair Alves Pereira, impetrou o habeas corpus nº. 144321 que tramita no STF, cujo relator é o ministro Dias Tofflen e o advogado Thiago Seidel e outros impetraram o habeas corpus nº. 144715 também para o STF, sendo por prevenção o mesmo ministro relator.

Como bem assinalou o ministro Reynaldo Soares da Fonseca não se trata de criar mais uma hipótese de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito (o qual no caso de Pelotas e Rio Grande do Sul tem uma tramitação lentíssima, pois está a quase um ano ajuizado pelo Ministério Público e ainda não subiu para o Tribunal, o que prejudica o trabalho da acusação e também da defesa), em violação ao art. 584 do Código de Processo Penal, que o concede expressamente, apenas nos casos de decisão de perda de fiança ou julga deserta a apelação (art. 581, XV do Código de Processo Penal), mas de admitir a possibilidade de o relator deferir uma tutela acautelatória, em casos específicos, tão somente quando presentes os requisitos indispensáveis de modo a resguardar a eficácia da decisão de mérito do recurso.

Diria ainda, que a hipótese não é idêntica àquela que veda a utilização do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, pois o mandado de segurança exige a presença dos requisitos constitucionais, quais sejam, violação ou ameaça de violação de direito líquido e certo por ato abusivo ou ilegal de autoridade.

Filho-me a corrente jurisprudencial que sustenta não haver direito líquido e certo a prisão de acusado em ação penal, bem como que seja apriori, abusivo ou ilegal ato de autoridade que concede a liberdade provisória. Ademais, contra a decisão cabe recurso (súmula n.º 267 do STF).

Por isso, nada impede que interposto o recurso adequado o Ministério Público requeira a antecipação dos efeitos do mérito recursal ou a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, como forma de evitar risco a ordem pública, ou a instrução criminal ou aplicação da lei penal, com a própria perda do objeto do recurso, desde que consiga demonstrar a presença dos requisitos para a prisão preventiva e os pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que no caso em Pelotas não se evidenciou claramente como propugnou a defesa, mas isto é outra história e não descaracteriza a tese (justificativa) que ora defendemos perante os colegas do Ministério Público de todo o Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 9º edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VILARES, Fernanda Regina e GOMES, Mariângela de Magalhães. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 25, vol.131, maio/2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

IENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br

JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973

BRANCO, Fernando Castelo. A pessoa jurídica no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1997

FILHO, Fernando da costa Tourino. Código de processo penal comentado. São Paulo. Saraiva, 2005, 9º ed.

GARCIA, Ismar Estulano. PIMENTA, Breno estulano. Procedimentos em Processo Penal. Goiania: AB, editora, 2008

MIRAMET, Júlio Fabbrini, Processo Penal, São Paulo, atlas, 2005, 17º ed

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. A vítima e o Direito Penal. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, 3º ed.

PONTE, Antonio Carlos da. Inimputabilidade e processo penal. São Paulo: Atlas, 2002

ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Fonrense, 1999

SILVIA, Ivan Luis Marques. Reforma processual penal de 2008. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Código de Processo Penal comentado. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1999

VANZOLINI, Patricia. Pratica Penal. 12º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMAÇÃO PARA EXECUTAR A AÇÃO POPULAR NA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO AUTOR PROPÔ-LA¹

VILSON FARIAS^{2*}

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

2 VILSON FARIAS: Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito pela Universidade de Granada (Espanha). Pós-Doutorado pela Universidad Del Museo Social Argentino (Argentina). Mestre em Direito Civil – Responsabilidade Civil – pela Universidade de Granada (Espanha). Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Licenciado em Letras Português/Inglês pela Universidade Católica de Pelotas e Educação Moral e Cívica pela Universidade Federal de Pelotas. Promotor de Justiça aposentado. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCCrim. Membro da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Membro da Academia Pelotense de Letras. Advogado. Autor dos livros: Temas de Direito Criminal; Temas de Direito Público e Privado; Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça; Flamante reforma do Código de Processo Penal; Comentários em torno das reformas no âmbito do Direito Criminal e Direito Administrativo atinentes à Lei de Trânsito (Lei 11.705/2008 – Lei Seca); O Tribunal do Júri e os delitos de trânsito (dolo eventual e culpa consciente); Os direitos e deveres do empregado e empregador doméstico à luz da Emenda Constitucional nº 72/2013 (com incursão no Direito Comparado) – Aspectos materiais, processuais e sociológicos; Ação Popular – na doutrina, na jurisprudência e na prática (com incursão no direito comparado); Coautor do livro Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, 2013, apresentando a tese: O Ministério Público e Ampliação das Políticas Públicas para os idosos através de um número maior de Promotorias Especializadas e o Artigo 478 do CPP: aplicação e constitucionalidade; Livro: Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público, 2011, tese: A convivência do Ministério Público, 2009, tese: O Ministério Público e a Vítima do Direito, além de inúmeros artigos para jornais e revistas especializadas; Autor do artigo Convivência do Ministério Público com a vítima (tendências internacionais, principalmente a luz do direito português e brasileiro), publicado na edição 76 (janeiro – abril de 2015) da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

* Promotor de Justiça aposentado, Advogado e escritor

SÍNTESE DOGMÁTICA

É imprescindível registrar de plano que o Ministério Público, de titular da ação penal ou fiscal da lei, ampliou suas atribuições, sendo defensor de direitos coletivos e difusos, árduo fiscal da moralidade administrativa entre outras atividades já consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Necessário se faz tecer algumas considerações sobre a ação popular.

A ação popular, como instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos, visa à anulação do ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e ao consumidor, nos moldes do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e da Lei nº 4.717/65.

Partimos de um caso concreto onde a autora G. H. na cidade de Pelotas-RS ajuizou uma ação popular contra o SANEP (Serviço Autônomo de Saneamento de Pelotas), na qual visava anular um aumento ilegal de 33,96%.

A ação foi procedente, tendo o SANEP sido derrotado na 1ª Vara Cível da Comarca de Pelotas-RS, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Quando se realizava a execução, o SANEP alegou que a autora não tinha a legitimidade para propor a execução, controversia esta que ainda não foi definida pelos tribunais superiores.

A autora peticionou nos autos que se não podia proceder a execução, o que afrontava a lei nº 4.717/65, pois entendia que o Ministério Público deveria fazê-la. Esta questão é que julgamos importantíssima e resolvemos discuti-la através deste artigo, neste congresso.

INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais importantes sobre a Ação Popular é o que trata sobre a execução da demanda popular, mais precisamente quando analisamos a atuação do Ministério Público e a sua legitimidade nesta execução.

É necessário analisarmos a origem do poder, assim podemos compreender melhor a atuação desta importante instituição pública.

A origem do poder nasceu do grupo familiar de pessoas, conforme ensinou, em sua obra, Mauro Roberto Gomes de Mattos³:

O poder nasceu com a reunião de um grupo familiar de pessoas, visto que nas famílias surgia a figura de um indivíduo responsável pelas decisões e ordens a serem atendidas pelos demais membros, que possuíam, além da relação de consangüinidade, a de subordinação.

É na instituição familiar que devem ser perquiridas, quer entre os gregos, quer entre os romanos, as origens do poder e da autoridade. Assim, por meio da agregação em família, o homem começou a exercer o poder e a autoridade, mesmo que restrito ao espaço físico de seus domínios mais próximos.

A partir do momento em que o homem passou a se relacionar com outros homens, surgiu a necessidade de ele se organizar em sociedade. E a partir daí o poder começou a se enraizar na esfera política e social, pois as pessoas de uma sociedade eram governadas por um poder central, capaz de estabelecer regras, direitos e deveres a serem seguidos por todos.

Verifica-se que este poder tem uma origem familiar e norteia, assim, a defesa dos interesses da sociedade como um todo.

Importante destacar que os limites impostos pela lei não retiram o poder das autoridades legalmente constituídas, visto que eles equilibram a força da autoridade para que ela não suplante os direitos de terceiros.

Destaca-se que o Ministério Público é um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis e da ordem democrática, sendo certo que por isso é de ser enaltecida e respeitada a sua atuação como instituição responsável pela democracia e controle da legalidade dos atos públicos.⁴

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites da instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.55.

4 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites da instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.55.

1. INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMIDADE PARA AGIR

Quando falamos sobre Ação Popular se faz necessário tratarmos sobre o interesse processual e a legitimidade para agir.

Se fossemos conceituar interesse de agir, poderíamos dizer que representa o binômio necessidade-utilidade. Deve-se verificar se determinada demanda é útil e necessária. A utilidade deve ser traduzida por quantidade, valor; enquanto a necessidade pode ser dita como sendo a incidência de resistência no que tange uma pretensão almejada.

O interesse de agir em ação popular não é absolutamente pessoal, tampouco direto. O autor popular não é titular de um direito subjetivo nem de interesse especificamente seu, ameaçado ou violado, que precise ser amparado por via judicial. Não há relação jurídica material a apoiar seu interesse processual na invocação de providência jurisdicional. No entanto, goza ele de interesse legítimo que o autoriza a defender o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio cultural. Desta forma, o interesse de agir, na demanda popular, como em qualquer outra, concretiza-se na possibilidade, em tese, de haver prejuízo, caso falte a tutela jurisdicional. Na ação pessoal, o prejuízo será a um interesse subjetivo do autor. Na ação popular, ele será a um daqueles bens mencionados no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que o autor popular, como cidadão, interessa defender.⁵

Na verdade, o que move o autor popular é o interesse da sociedade em ter uma administração honesta. Toda vez que este, em tese, é tido como lesado, surge o interesse de agir do cidadão. Assim, basta que o autor popular afirme a lesão, para que o interesse, abstrato, de demandar, em ação popular, se verifique, postulando a atividade jurisdicional.⁶

Assim, esta é a condição que completa os requisitos necessários para mover uma ação popular.

Chiovenda considera a legitimação para agir como uma condição da ação, ou seja, uma condição para obter uma sentença favorável. E com razão, pois essa concepção vincula a ação à existência ou inexistência da relação de direito substancial. Verdadeiramente, a legitimação para agir decorre da idoneidade, legalmente conferida, a determinadas pessoas para conduzir ativamente e passivamente o processo, pouco importando que estas pessoas sejam, ou não, titulares de uma relação jurídica material, embora habitualmente o sejam. Por sua vez, a idoneidade existente em determinados sujeitos deflui do confronto de circunstâncias, condições e qualidades.⁷

Também é muito importante determinar quem é o sujeito ativo e quem é o sujeito passivo da ação popular.

Como consta na obra de NUNES JÚNIOR e SCIORILLI⁸:

Único legitimado à propositura da ação popular é o cidadão brasileiro, nato ou naturalizado (art. 5º, LXXIII, CF; art. 1º da Lei nº 4.717/65), isto é, o eleitor, a pessoa física que esta no pleno gozo de seus direitos políticos. A prova dessa condição se dá mediante exibição, com a petição inicial, de cópia do título de eleitor ou documento equivalente, como, p. ex., uma certidão expedida pela Justiça Eleitoral (art. 1º, § 3º, da LAP).

De acordo com uma parte da doutrina, o autor da ação popular agiria como um substituto processual do Poder Público, porém de acordo com a outra parte da doutrina o autor da ação popular age em nome próprio, por legitimação ordinária na defesa do interesse público e esta é a corrente doutrinária que consideramos correta, conforme defende Antonio Roberto Sanches Júnior⁹:

Dessa maneira, se o autor popular for tido como substituto do poder público estar-se-ia admitindo que defende interesse público secundário, o que não se coaduna com a mens legis da Lei da Ação Popular e dos dispositivos constitucionais que tratam o tema.

Tal definição, de que o autor popular age em nome próprio, traria uma tormentosa consequência processual, não fosse pela natureza difusa da Ação Popular. Explicamos.

Poderiam afirmar que em se tratando de legitimação ordinária, em que o autor popular age em nome próprio, haveria a vinculação subjetiva da ação. Somente aqueles que foram partes no processo restariam alcançados pela sentença. Isso não ocorre.

A Ação Popular é um procedimento de natureza eminentemente difusa. Como já mencionamos, há uma indeterminação de titulares do direito, indivisibilidade do bem jurídico e falta de liame jurídico entre eles.

5 SILVA, José Afonso da. "Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo". 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151.

6 Idem, página 152.

7 SILVA, José Afonso da. "Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo". 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 153 e 154.

8 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. Mandado de Segurança : ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 133.

9 SANCHES JÚNIOR, Antonio Roberto, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (Coordenadores) Ação popular: Aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora, 2006. p.5.

2.A POSTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Importante analisarmos a atuação do Ministério Público no tocante à ação popular, como podemos verificar na obra de MANCUSO¹⁰:

Tendo em vista o evidente interesse público subjacente à ação popular, a par das posições jurídicas de natureza indisponível, nela envolvidas, desde o advento da lei 4.717, em 1965, vem a doutrina tentando qualificar a atuação do *Parquet* nessa ação, mormente instigada pelo fato de o § 4º do art. 6º proibir a instituição de “assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”.

Assim, é que Ary Florêncio Guimarães chegara a reivindicar para o Ministério Público na ação popular a posição de *parte*, ou *coautor*. Paulo Barbosa de Campos Filho também enveredara por essa senda, seduzido pela multifária atividade do Ministério Público nessa ação, chegando a concluir que o promotor de justiça seria um “verdadeiro coautor popular”. No âmbito do Ministério Público de São Paulo, informa Itamar Dias Noronha, “já foi deferido o ponto de vista segundo o qual era obrigatório para o fiscal da lei sustentar o pleito do autor (Mário de Salles Penteado, *Justitia* 59, p. 145), o qual, porém, modificou posteriormente esta posição doutrinária (*Justitia* 77, p. 273)”.

José Afonso da Silva demonstrou as várias formas de intervenção do Ministério Público nessa lide, “parecendo que ora age como defensor da lei, ora como assistente, como autor ou parte, como exequente, recorrente, litisconsorte ativo, pelo que se torna difícil estabelecer a natureza dessa intervenção. Há, porém, na gama dessas atividades, uma missão de defensor da lei, da ordem jurídica”. Hely Lopes Meirelles viu o Ministério Público como “parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

A qualificação proposta por Hely Lopes Meirelles nos parece bastante satisfatória, espelhando bem a conduta do Ministério Público, a quem compete zelar para que a ilegalidade/lesividade/imoralidade indigitadas pelo autor na inicial sejam objeto de séria e eficiente investigação probatória, mantendo o *Parquet*, todavia, sua independência funcional, que lhe é assegurada constitucionalmente (CF, art. 127, § 1º), para ao final formar sua convicção, *pró* ou *contra* a tese sustentada pelo autor. O ora afirmado pode, num primeiro momento, parecer contrário ao disposto no § 4º do art. 6º da LAP (dizendo que não pode o Ministério Público “assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”), mas a dicção legal há de ser interpretada no sentido de que o promotor oficiante deve pautar sua atuação sempre pela diretriz do que melhor consulte ao interesse público, à defesa do erário, à preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Ainda, no entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, não aceitando o juiz a recusa do membro do Ministério Público em assumir a promoção da ação popular, poderá remeter os autos para o Conselho Superior para ser designado, se vier ao caso, outro membro da instituição para que a ação tenha o seu devido prosseguimento.¹¹

A lei reservou participação destacada no processo da demanda popular ao Ministério Público. Destaca-se, que em decorrência do exercício da ação popular, podem surgir vários processos. A lei regula com peculiaridades o processo de conhecimento e o executório. Porém, pode surgir também o processo cautelar, para reparação de dano civil ou responsabilidade criminal. Em todos esses, o Ministério Público deve intervir conforme prevê o art. 6º, § 4º, da lei nº 4.717 / 65.¹²

3. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A EXECUÇÃO POPULAR

Os legitimados para promover a execução popular são: o autor popular, como parte processual; qualquer outro cidadão, ainda que na qualidade de terceiro no tocante ao processo de conhecimento; o representante do Ministério Público e qualquer das entidades sindicadas.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio Público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 251 e 252.

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio Público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 260.

12 SILVA, José Afonso da. “Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo”. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 190.

Para intentar a demanda popular de execução, a legitimação do Ministério Público é meramente subsidiária e condicionada, conforme o disposto no art. 16 da lei nº 4.717/65. Deduz-se, então, que o representante do MP somente pode promover a execução verificada a inércia do autor e o desinteresse de outro cidadão, após transcorrido o prazo de sessenta dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, se isto acontecer o representante do Ministério Público é obrigado a promover a execução nos trinta dias subseqüentes, sob pena de falta grave. Ainda, deve consignar-se, de passagem, que, promovida a execução pelo autor popular ou por terceiro, o MP dela participará, com a mesma desenvoltura que terá no processo de conhecimento, com base, no § 4º do art. 6º da lei.¹³

Os contornos da atuação do Ministério Público nas ações populares estão descritos no art. 6º, § 4º da LAP, bem como no art. 9º, 16 e 19, §2 da referida lei.

Como ensina RODRIGO MAZZEI¹⁴:

No que tange especificamente ao parágrafo 4º do artigo 6º – mote de nossos comentários – é bem singular a posição do Ministério Público, pois a leitura do dispositivo indica que, apesar de não estar no pólo ativo da demanda, sua atuação não pode ser contrária ao autor da ação, não se admitindo que venha sustentar que ato impugnado não padece de motivo para a sua anulação, ou que qualquer dos réus não deve ser condenado a ressarcir o Erário. A conclusão supra decorre da redação da parte final da norma, que veda ao Ministério Público, “*em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.*”

Em nossa opinião, a fala legal merece vários temperamentos, não sendo possível admitir posição tão radical que, na realidade, acaba conspirando contra a importância e potencialidade da participação do Ministério Público na ação popular.

Verifica-se que o MP pode atuar em favor do autor popular para atender a demanda, porém não é obrigado a sempre concordar com o autor.

4. JUSTIFICATIVA E CONCLUSÃO

No respectivo processo nº 022/1.05.0001015-4, a autora peticiona ser sabido que a última decisão proferida perante aos tribunais superiores foi no sentido de que não possuiria a legitimidade para a propositura de execução coletiva em face da autarquia ré, o que tratava-se de um contra senso. Acenando o feito à ordem, frisou que o artigo 18 da lei nº 4.717/65 assim diz: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Verifica-se, do teor do dispositivo supra, que a sentença prolatada na referida ação teve efeito “*erga omnes*”, ou seja, tem efeito sobre todos os cidadãos pelotenses.

Por isso, é dever do Ministério Público a defesa de tais interesses, sendo portanto o legitimado para assumir a referida execução.

Acrescento, ainda, que o artigo 16 da lei nº 4.717/65, assim dispõe: “Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instancia, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.”

Transcrevo, ainda, literalmente os seguintes parágrafos que constam na petição ajuizada pela autora:

“Não há que se falar em execução individual, pois, fazendo uso do bom senso, que é peculiar aos operadores do direito, inequivocadamente se conclui que não poderá qualquer cidadão alegar prejuízos com a execução coletiva, e sim a recorrida, que lucrará com a inércia de muitos consumidores. Trata-se de indiscutível contradição conceder ao cidadão a legitimidade para propor ação popular, em representação todos que porventura uma sentença de procedência pudesse beneficiar e exigir que, após o trânsito em julgado da sentença, cada um ajuizasse execução individual.

13 SILVA, José Afonso da. “Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo”. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 264.

14 MAZZEI, Rodrigo; *et al.* COSTA, Suzana Henriques da (coordenação). Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pg. 190.

Esse empecilho certamente beneficiaria a autarquia, considerando-se que muitos cidadãos ignoram a existência da presente ação popular e/ou desconhecem o ganho que poderia lhes trazer a demanda executória. Frise-se que a execução individual da presente ação somente resultaria em milhares de processos a abarrotarem o Poder Judiciário.”

Finalmente a autora manifestava-se pela intervenção do Ministério Público no processo de execução, na impossibilidade jurídica de fazê-lo.

A realidade social se modifica todos os dias e tal fenômeno requer um direito dinâmico para que possa continuar sua função precípua de regular a vida social. Todavia, a morosidade do processo legislativo às vezes acaba por obstar este dinamismo, imprescindível hodiernamente. Assim, surge a necessidade de instrumentos que possam dar ao Direito esse caráter dinâmico. A Lei da Ação Popular data de meados do século passado, tendo sofrido em seu procedimento algumas mudanças pelo advento da Constituição de 1988, esta que também inovou a respeito do Ministério Público.¹⁵

Desta maneira, após ampla análise, entendemos que o Ministério Público deve dar continuidade a demanda, pois muitas vezes o autor popular é pessoa pobre e pode se sentir pressionado no decorrer da demanda e até intimidado em continuar, caso em que ele pode não dar o devido prosseguimento. Desta forma, cabe ao Ministério Público dar continuidade à demanda popular na defesa dos interesses difusos.

No caso em tela, entendemos que o Ministério Público deveria propor a execução da decisão judicial no que se refere ao ressarcimento do valor cobrado indevidamente dos usuários do SANEP, pois a autora ficou impossibilitada de fazê-lo em uma decisão completamente equivocada, pois o Poder Judiciário atropelou o art.16 da lei nº 4.717/65.

Como podemos obter, do trabalho de Antonio Roberto Sanches Júnior¹⁶:

Dessa maneira, clara parece estar a incidência do princípio da obrigatoriedade de o Ministério Público prosseguir na ação em caso de desistência do autor popular.

É cediça a incidência do princípio da obrigatoriedade em sede de ação penal pública. E mesmo no sistema penal, que exige muito mais formalidades, o princípio da obrigatoriedade é temperado pela independência funcional.

Porém, este princípio não tira do Ministério Público a sua autonomia e independência, pois se entender pela improcedência, após a instrução, o mesmo pode se manifestar neste sentido, entretanto se concordar com a procedência da ação, se necessário, pode atuar como sucessor processual.

Desta forma, o Ministério Público tem o dever de dar continuidade à Ação Popular quando o autor popular não o fizer, porém isto não exclui a autonomia que o MP possui de atuar conforme o seu entendimento.

Portanto, entendemos que o Ministério Público tem a legitimidade para promover a execução da demanda popular, quando o autor não a fizer, neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:¹⁷

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ATOS ADMINISTRATIVOS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO POPULAR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CÁLCULO DA LIQUIDAÇÃO. PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Hipótese em que, quanto ao mérito, nada mais há a apreciar, pois as questões atinentes à responsabilidade pela devolução de valores, bem como ao montante a ser devolvido, restam resolvidas, não cabendo rediscutir a matéria em sede de exceção de pré-executividade, em face do instituto da preclusão (art. 473 do CPC). 2. Ainda que assim não fosse, quanto à alegação de que “não existe um único documento público contábil que lhes atribua o recebimento de importância por conta do(s) ato(s) administrativo(s) invalidado(s)”, sequer seria cabível a oposição de exceção de pré-executividade. Aplicação da Súmula nº 393 do STJ. 3. Diversamente do alegado, foram acostados cálculos pelo Ministério Público, como claramente se vê da sentença que julgou a liquidação de sentença. 4. **Em se tratando de ação popular, configurada a inércia dos autores, o Ministério Público tem legitimidade para a execução, na forma do art. 16 da Lei da Ação Popular.** AGRADO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 527, CAPUT, DO CPC. (Agravado de Instrumento Nº 70062158506, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 27/10/2014) **(Grifo nosso)**

15 SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto; *et al* GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (Coordenadores). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 1 e 2.

16 SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto; *et al* GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (Coordenadores). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 14.

17 Agravado de Instrumento Nº 70062158506, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 27/10/2014.

Sendo assim, entendemos que o mais importante é a continuidade até a execução da ação popular, caso contrário estaria acontecendo uma grande injustiça, pois a demanda popular exitosa ficaria sem sentido algum e sem o menor valor.

Portanto, o Ministério Público assumiu um certo protagonismo na efetivação de direitos fundamentais com a Constituição de 1988, que firmou o chamado Estado Democrático de Direito. Por conta disso, compreendemos a necessidade da atuação do Ministério Público, quando o autor por qualquer outro motivo não puder dar prosseguimento à ação popular.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual civil coletivo: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- ANHAIA MELLO, José Luís. O tribunal de contas – Pesquisa e atuação. São Paulo: Tribunal de contas, 1984.
- ARAÚJO FILHO, Luis Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRITO, Lúcio Eduardo de. A ação popular como instrumento de invalidação da sentença lesiva ao patrimônio público. Belo Horizonte: fórum, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina-Coimbra, 1997.
- CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 15ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- CASTRO MENDES, Alúzio Gonçalves de. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989.
- COSTA, Suzana Henrique da. (coordenação) Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. São Paulo: QuartierLatin, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FARIAS, Vilson. Ação Popular – na doutrina, na jurisprudência e na prática. (com incursão no direito comparado). Pelotas/RS: Editora Livraria Mundial, 2016.
- FERRARESI, Eurico. “Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. Instrumentos Processuais Coletivos”. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- GOMES JUNIOR, Luis Manoel. *Ação Popular – Alteração do polo processual*. Revista de Processo. Ano 30, nº 125. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação Popular – Aspectos Polêmicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (Coordenadores). Ação popular: Aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- KOERNER, Andrei. Habeas Corpus, pratica judicial e controle social no Brasil (1941-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: RT, 1998.
- MAFRA LEAL, Márcio Flávio. Ações coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio Público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito processual constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. (Coordenadores) Ação Popular. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAIS, Carlos Branco de. Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. 2º v. Coimbra: Coimbra editora, 2014.
- MORELLO, Augusto Mario; SBDAR, Claudia B. Acción popular y procesos colectivos: hacia una tutela eficiente del ambiente. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção. 2ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2010.
- PACHECO, José da Silva. Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SANCHES JÚNIOR, Antonio Roberto. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (Coordenadores) Ação popular: Aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. Ação popular ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, José Afonso da. “Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo”. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA, Leonardo Barros. Iniciativa popular. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002.
- TESHEINER, José Maria. *Ação Popular, substituição processual e tutela do direito objetivo*. Revista de Processo. Ano 34, nº 167. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- WALDO, Fazzio Júnior. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. RT, 2006.

O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO FINANCEIRO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93¹

VINÍCIUS DE OLIVEIRA E SILVA*

SÍNTESE DOGMÁTICA:

Dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa decorre o dever igualmente constitucional dos gestores públicos, em regra, realizarem prévia licitação para contratar. O tipo penal do artigo 89 da Lei 8.666/93, que criminaliza a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação, tutela os postulados constitucionais antes citados, que são bens jurídicos relevantíssimos por si. A redação legal do tipo referido não exige produção de qualquer resultado naturalístico e, assim, não é um crime material. Portanto, totalmente descabido e ilegal falar-se em necessidade de dano financeiro ao erário para a caracterização do delito em questão, que protege o patrimônio imaterial. A Ação Penal 971 do STF, julgada em 28/06/2016, deve guiar a atuação do Ministério Público Brasileiro no que tange a hermenêutica do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 para o aprimoramento da jurisprudência nos Tribunais, cristalizando-se que não é necessário dano financeiro ao erário para ocorrência do crime, mas somente o dolo de violar a obrigação de licitar, o que deve ser aferido diante da análise as circunstâncias objetivas.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça/MPTO

1. IMPESSOALIDADE, MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR

A condução da administração pública pressupõe gestão esmerada e livre de práticas que afrontem os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, insculpidos no art. 37 da Carta Maior.

A realização do procedimento de licitação pública, como regra, antes de qualquer contrato administrativo é balizar dever daquele que gere recursos públicos, já que não é dado ao administrador comprar com dinheiro do ente público com qualquer fornecedor a seu bel-prazer.

Com é mais que sabido, a própria Constituição Federal prevê no inciso XXI do art. 37 que a **licitação é a regra** declinando que *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

A mesma Carta Maior, visando dar caráter nacional ao comando, estabelece, no artigo 22, inciso XXVII, que cabe à União legislar *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

A Lei 8.666/93, editada exatamente para atender ao norte da Lei Maior no supracitado inciso do artigo 22 da CF, estabelece em seu artigo 3º que: *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Nesse passo, visando tutelar com eficácia essa diretriz constitucional de tratamento impessoal, garantindo a igualdade de oportunidades aos fornecedores e para evitar nefastos direcionamentos das compras, é que o próprio ordenamento jurídico prevê que é crime não realizar licitação quando obrigatório por lei, mediante dispensa ou inexigibilidade indevidas.

Assim, o artigo 89 da Lei 8666/93 é pedra angular do sistema jurídico, já que dá coercibilidade a todo o edifício constitucional do dever de licitar o qual, por sua vez, deita raízes nos referidos princípios da administração.

2. O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 89 DA LEI 8666/93, UM CRIME DE MERA CONDUTA QUE DISPENSA RESULTADO NATURALÍSTICO

Como é lição comezinha de Direito Penal, os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais são os mais variados: vida, integridade física, fé pública, incolumidade pública.

No caso do artigo 89 da Lei 8.666/93, os bens jurídicos tutelados são, sem dúvida, a moralidade administrativa e a impessoalidade tão necessárias na gestão da coisa pública. A violação de tais princípios constitucionais é mais que suficiente para revelar valor jurídico passível de proteção. Aliás, no âmbito civil, a Lei de Improbidade Administrativa é expressa em considerar ato de improbidade a mera violação de princípios, independentemente de prejuízo.

De outro lado, a doutrina penal aponta que há tipos que, por sua redação legal, exigem ocorrência de resultado naturalístico e outros não.

Daí decorre a conhecida classificação em delitos materiais, formais ou de mera conduta. Como é sabido, é o legislador que, ao redigir o tipo penal, acaba por legar um delito às ditas categorias.

O homicídio, cuja redação é *“Art. 121. Matar alguém.”*, é crime material. Isso porque há na descrição do tipo penal que, para sua consumação, é mister o resultado naturalístico morte.

Já o delito de corrupção passiva é formal ou de consumação antecipada, pois sua redação é: *“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”*.

Por fim, o crime de porte ilegal de arma de fogo é considerado crime de mera conduta em razão do tipo prever que: “*Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*”

Ora, ninguém duvida que seja crime o ato de portar arma de fogo em via pública, ainda que nenhum disparo seja efetuado e ninguém seja lesado.

Tal decorre em razão do bem jurídico tutelado pelo crime do art. 14 do Estatuto do Desarmamento ser a incolumidade pública e não a vida.

Pois bem, é certo que a teoria penal deve ser aplicada da mesma forma para análise dos delitos comuns e também aos crimes do colarinho branco ou previstos na Lei de Licitações.

Assim cabe analisar o tipo penal do artigo 89, *caput*, da Lei 8666/93, cuja redação é: “*Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.*”

Ora, a leitura do dispositivo revela, claramente, que **não** é necessária a ocorrência de qualquer resultado outro além da falta *indevida* de licitação. O tipo – vale dizer a lei que deve (ou deveria) ser seguida pelos Tribunais – corretamente contenta-se com a conduta de não realizar licitação, nos casos em que tal proceder era exigido. E nada mais.

Tal tipo penal, muito longe de fugir da *ultima ratio*, vem proteger nada menos que os valores jurídicos relevantíssimos da impessoalidade e moralidade, bem como o consequente dever constitucional de licitar. Ora, tais postulados, evidentemente, por si só são bens jurídicos a serem resguardados seriamente, não se exigindo obviamente também dano financeiro ao Erário para se cogitar do crime previsto na Lei de Licitações.

3. O RECENTE PRECEDENTE DO STF QUE DEVE GUIAR A ATUAÇÃO MINISTERIAL

Apesar do STJ e do próprio STF terem precedentes que claramente agregam elementos inexistentes ao tipo penal, exigindo dano ao erário notadamente um “efetivo prejuízo aos cofres públicos” como por exemplo o RHC 36789/GO², ou do Agravo Interno no REsp 1582669³, evidentemente pelos bens jurídicos tutelados e por não se tratar de um crime material é totalmente desnecessária a comprovação de algum prejuízo financeiro ao erário. O dano, na verdade, é imaterial, decorrente da própria inobservância da impessoalidade e moralidade administrativa.

Por óbvio, *v. g.* um prefeito que escolhe dar lucro – ainda que sem superfaturamento ou sobrepreço - para um determinado fornecedor de sua cidade comete, só por essa conduta, um ato ilícito e penalmente relevante.

2 RHC 36789 / GO RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2013/0098939-4 Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento – 20/06/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 30/06/2017 Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. DESCRIÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. 2. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP OBSERVADOS. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. 3. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDO ROTATIVO. ORÇAMENTO DO ESTADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. 4. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. GRUPO DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO SELETIVA. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. No caso dos autos, não se pode descurar que o STJ, acompanhando o entendimento do STF manifestado no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG, em 15/9/2011, possui entendimento no sentido de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 **exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos**, situações efetivamente descritas na inicial acusatória.(...)

3 AgInt no REsp 1582669 / MG AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2016/0050637-3 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 30/03/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 07/04/2017 Ementa PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO TEMPORAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO ANTERIOR DEFINITIVAMENTE JULGADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PARTE DO ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO

DE OFÍCIO. 1. A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento deve ser alegada na primeira oportunidade. (...) 6. **O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais - art. 89 da Lei n. 8.666/93 -, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública. 7. Ausente a demonstração do elemento subjetivo específico e da ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo ao erário, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. (...)**

Várias Cortes Estaduais, sensíveis à realidade forense, já vinham reprimindo penalmente a mera não realização indevida de licitação⁴.

Em boa hora, o E. Supremo Tribunal Federal prolatou precedente deveras importante que aponta para uma necessária revisão de posicionamentos judiciais equivocados.

Realmente, a Ação Penal 971, relatada pelo Ministro Edson Fachin tem a seguinte ementa:

“PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO (...) CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESÃO AO ERÁRIO. (...) CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM. (...) 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão-somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. (...) 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena” (AP 971; Relator: Min. Edson Fachin; em 28/06/2016) (destaquei)

Do voto do relator colhe-se a seguinte passagem:

“O artigo 89 da Lei 8.666/93 é tipo penal cujo bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público. Com essa regra, protegem-se todos os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, XXI, da CR/88, ao exigir como regra que “... as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. O objeto jurídico do crime em questão, portanto, coincide com as razões pelas quais constitucionalmente se exige que obras, serviços, compras e alienações devam ser precedidas de processo licitatório.”

Evidentemente, o importantíssimo precedente em questão joga luzes no debate que alguns integrantes de Tribunais Superiores vinham dando como superado e, lucidamente, pontua que **não** é necessário qualquer prejuízo financeiro ao erário para se estar diante de um crime de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação.

Por outro lado, é certo que haverá crime quando a conduta for dolosa (regra geral do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal), ou seja, quando os elementos fáticos objetivos apontarem que o gestor teve intenção de violar o dever constitucional de licitar, dispensando ou inexigindo indevidamente o procedimento licitatório.

E aqui compreendemos que, ao invés de se falar em “intenção específica de lesão ao Erário”, que foi referida no precedente do STF acima referido, é necessária a intenção de violar a obrigação de licitar.

⁴ “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NA LEI DE LICITAÇÕES. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PREJUÍZO MATERIAL. DOLO GENÉRICO. DOLO ESPECÍFICO. PENA. REDUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A notificação prévia para apresentação de defesa preliminar é aplicada apenas nos procedimentos referentes aos crimes funcionais próprios, descritos nos arts. 312 a 326 do Código Penal. No caso em tela, o crime imputado está tipificado na Lei 8.666/93, que estabelece, em seus arts. 104 a 107, o procedimento para apuração dos delitos previstos em seu corpo e não prevê a exigência de notificação prévia do acusado. Preliminar rejeitada. 2. O art. 89 da Lei de Licitações não exige prejuízo patrimonial para a consumação do delito. 3. Conforme escólio de Guilherme Nucci, o elemento subjetivo do art. 89, caput, da Lei de Licitações é o dolo genérico. “Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa” (in Lei Penais e Processuais Penais Comentadas, 4a ed., Editora Revista dos Tribunais, pág. 848). Desse entendimento não discrepa Diógenes Gasparini, para quem o elemento subjetivo daquele tipo é “(...) o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação” (in Crimes na Licitação, 2a ed., Editora NDJ, pág. 98). (...) 8. Recursos desprovidos. Retificada, de ofício, a pena imputada ao réu José Lourenço Oliva Machado, de reclusão para detenção” (TJTO, Apelação n. 9952/09 (09/0078382-6); Origem: Comarca de Gurupi; Referência: Ação Penal n. 94372-8/07; Relator: Des. Antônio Félix) ou

“PREFEITO MUNICIPAL. LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO ATRAVÉS DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. PREFEITO MUNICIPAL QUE CONTRATA OS SERVIÇOS DE OFICINA MECÂNICA, SEM LICITAÇÃO, EM DIVERSAS OPORTUNIDADES FRACIONANDO AS DESPESAS ATRAVÉS DA EMISSÃO DE NOTAS COM DADOS DIFERENCIADOS, INCORRE NAS PENAS DO ART. 89 DA LEI 8.666, TANTO ELE COMO O PROPRIETÁRIO DA OFICINA, POR FORÇA DO PARAGRAFO ÚNICO DO CITADO ART. 89. DECISÃO BASEADA EM AMPLA PROVA DOCUMENTAL, REPRESENTADA PELAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS, APOIADA NOS RELATOS DAS TESTEMUNHAS. EM QUE PESE TENHA FICADO DEMONSTRADO QUE HOVE PREJUÍZO AO MUNICÍPIO, TRATANDO-SE DE CRIME DE MERA CONDUTA, SENDO DESNECESSÁRIO QUE O AGENTE POLÍTICO TENHA A INTENÇÃO DE LESAR O ERÁRIO, QUANTO MAIS, QUE REALMENTE TENHA OCORRIDO EFETIVA LESÃO AO ENTE PÚBLICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE” (Ação n. 70009425844, 4ª CCrim. - TJRS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 03/04/2008)

“APELAÇÃO CRIMINAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. Autoria e materialidade comprovadas. Ausência de dolo específico ou prejuízo. Irrelevância. Delito de mera conduta. Condenação Necessidade. O crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não exigindo nenhum resultado naturalístico, ou seja, consubstanciado em dano ao erário para a sua consumação. Quadro probatório que se mostra seguro e coeso. APELO PROVIDO. (TJSP: Apelação 0003600-05.2011.8.26.0629; Relator (a): Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tietê - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/09/2016; Data de Registro: 03/10/2016)”

O Ministro Edson Fachin, no mesmo precedente, adverte que se deve buscar diferenciar o gestor desonesto do gestor meramente inábil, sob pena de se igualar uma infração administrativa como um crime. Nesse ponto também concordamos, somente apontando que, para tanto, basta que se demonstrem, por indícios e evidências objetivas, que o gestor teria possibilidade de perceber a violação do dever constitucional de licitar, que, como já dito, é o valor jurídico protegido.

É o caso, por exemplo, do fracionamento de despesas para fugir à obrigação de licitação. Fundada na obrigatoriedade e prevalência da licitação, o art. 24 da Lei 8.666/93 prevê expressamente que somente é dispensável o processo licitatório se as compras de produtos ou serviços implicarem em valor inferior a R\$ 8.000,00 e se não referirem a parcelas da mesma aquisição, proibindo assim expressamente o chamado **fracionamento** de despesas. Veja-se:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

*II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, **desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;**(grifos colocados)*

Assim, a conduta daquele que realiza compras de maneira fracionada, que totalizam mais de R\$ 8.000,00 redonda em expreso caso de dispensa **ilegal** licitação, incorrendo no crime previsto no art. 89 da mesma norma, de modo inequívoco.

Portanto, as balizas gerais traçadas no julgamento Ação Penal 971 pelo E. STF devem guiar a atuação ministerial na hermenêutica acerca do art. 89 da Lei 8.666/93, notadamente a desnecessidade de ocorrência de prejuízo financeiro ao erário para caracterização do crime.

4. CONCLUSÃO

Os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e o decorrente dever igualmente constitucional dos gestores públicos de, em regra, realizarem a prévia licitação para contratar justificaram a positivação do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93. Tal delito criminaliza a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação, exatamente para tutelar os postulados constitucionais antes citados, que são, por si, bens jurídicos relevantíssimos.

A redação legal do tipo penal referido não exige produção de resultado naturalístico e, assim, não é um crime material. Portanto, totalmente descabido falar-se em necessidade de dano financeiro ao erário para a caracterização do delito em questão, que protege o patrimônio imaterial.

A Ação Penal 971 do STF, julgada em 28/06/2016, deve guiar a atuação do Ministério Público Brasileiro no que tange a hermenêutica do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 para o aprimoramento da jurisprudência nos Tribunais.

Por fim, o dolo exigido para a caracterização do mesmo delito é meramente o de violar a obrigação de licitar, o que deve ser aferido diante da análise as circunstâncias objetivas.

5. DA PROPOSTA DE ENUNCIADO:

Proposta de enunciado: O crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 tutela o dever constitucional de licitar, fundado nos princípios da impessoalidade e moralidade e, por seu próprio tipo legal, não requer prejuízo financeiro ao erário para sua configuração, já que não é um crime material. A Ação Penal 971 do STF é precedente que deve guiar a atuação do Ministério Público Brasileiro em busca do aprimoramento jurisprudencial no tema em prol do interesse público.

6. REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 36789/GO, da 5ª TURMA, Brasília, DF, 20/06/2017, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 28 jul. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no REsp 1582669, da 6ª TURMA, Brasília, DF, Data do Julgamento 30/03/2017, Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 28 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 971, da 1ª TURMA, Brasília, DF, julgada em 28/06/2016, Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28 jul. 2017.
- GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Revista de Direito Administrativo, jul.set 2003. p.117.
- e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (PA) COMO MECANISMO DE TUTELA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS¹

ARION ROLIM PEREIRA²

WILLIAN BUCHMANN³

I. EXPOSIÇÃO

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Procurador de Justiça, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público.

³ Promotor de Justiça, Assessor de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, em atuação junto à SUBPLAN.

1.1 Panorama Normativo Administrativo

A Res. CNMP n. 63/2010, visando à padronização e uniformização taxonômica e terminológica de classes, assuntos e movimentação processual (judicial e extrajudicial), no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, criou as Tabelas Unificadas do Ministério Público. Na classe “extrajudiciais/procedimentos do MP”, conforme a referida Tabela, consta a descrição do inquérito civil (IC), da notícia de fato (NF), do procedimento preparatório (PP) e do procedimento administrativo (PA). Ainda, em atendimento ao disposto no § 2º do art. 2º da mencionada Resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – editou o Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público.

O inquérito civil e o procedimento preparatório já foram regulamentados pelo CNMP por meio da Res. n. 23/2007, com disciplinamento, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR - pela Res. PGJ n. 1928/2008. A instauração e a tramitação da notícia de fato e do procedimento administrativo, apenas em julho de 2017 foram objeto de regulamentação pelo CNMP por meio da Res. n. 174, cuja proposta original fora apresentada em 1º de setembro de 2014.

O Ministério Público do Paraná, por sua vez, por meio do Ato Conjunto PGJ/CGMP n. 02/2010, ao instituir e regulamentar o Programa de Registro, Acompanhamento e Organização das Atividades Finalísticas Extrajudiciais, denominado PRO-MP, previu, expressamente, dentre as rotinas possíveis, também, a notícia de fato e o procedimento administrativo (art. 5º). Este ato normativo, contudo – até poque não se destinava precipuamente a tanto -, estabeleceu apenas algumas regras afetas à tramitação específica da NF e do PA.

Esse, em sucintos termos, o arcabouço normativo que regula, de forma mais direta, as rotinas das atividades extraprocessuais (excetuado aqui o procedimento investigatório criminal - PIC), em especial o procedimento administrativo (PA) – objeto do presente estudo –, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público do Paraná.

1.2 Perfil Institucional e Carta de Brasília

Inegável que a Constituição Federal de 1988 trouxe nova conformação ao Ministério Público, com ampliação significativa do seu papel de transformação da realidade na sua vertente de defensor do regime democrático (art. 127, *caput*).

A (nova) gama de atribuições e ferramentas conferidas à Instituição pela Carta Política, ao tempo em que fez sobressalente a importância do *Parquet* enquanto essencial ao sistema de Justiça, trouxe preocupações de ordem prática com a efetividade dos misteres que lhe foram confiados. Sob esse prisma, diversas vêm sendo as tentativas de otimizar a atuação ministerial, direcionando-a, primordial e prioritariamente, para a sua vocação mais típica e consentânea com o Estado Democrático de Direito.

E, em tempos de reflexão quanto à posição institucional mais conservadora, o momento pelo qual passa o Ministério Público parece ser o do amadurecimento⁴. Amadurecimento que passa pela percepção de que é a Instituição instrumento indispensável, na ordem constitucional vigente, para a mobilização das vontades coletivas. Tem o papel essencial, portanto, de promover a socialização democrática do poder, primando pelos ideais de fortalecimento da sociedade civil enquanto arena política.

Esse auto reconhecimento institucional – tendo como parâmetro primeiro a Constituição da República –, inclusive quanto a suas limitações orçamentárias e estruturais, sempre ao norte de conferir-lhe maior resolutividade em sua missão constitucional, faz necessário o estabelecimento de prioridades na sua atividade-fim.

Daí dizer, com COURA e FONSECA, que

De uma maneira mais simplista, parece possível dizer inexistir uma *essência* imutável de Ministério Público. Ele, como instituição criada pela dogmática jurídica, será o que a Constituição, fruto do poder constituinte originário, prescrever, sem desprezar, naturalmente, a necessidade de interpretação construtiva sobre o seu sentido e o paradigma do Estado democrático de direito⁵.

Aliás, o estabelecimento de critérios prioritários na atuação ministerial se revela deveras prudente e premente, notadamente em tempos do incremento das demandas coletivas (*lato sensu*) - por excelência, determinantes da atuação típica e inarredável dos Órgãos de Execução ministeriais, por mandamento constitucional e legal - que batem às portas das Promotorias de Justiça.

Nesse diapasão, a Carta de Brasília, de setembro de 2016, firmada no 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, dentre as diretrizes voltadas aos membros do Ministério Público, estabelece a necessidade de priorização da atuação em tutelas coletivas:

4 FINGER, J. C. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

5 COURA, Alexandre de Castro; e FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público Brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: Ltr, 2015, p. 152.

p) Priorizar a atuação em tutela coletiva, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos necessários;

q) Avaliar se a atuação individual não desestabilizará as políticas públicas sobre a matéria.

No mesmo compasso, do parecer do eminente relator Marcelo Ferra de Carvalho à **Res. CNMP n. 174/2017** extrai-se acolhimento da proposta de ampliação do rol de hipóteses de indeferimento de procedimento, ao norte de priorizar os casos que efetivamente reclamem e justifiquem a atuação do Ministério Público.

Diante desse quadro, revela-se razoável, também por esse aspecto, conferir-se maior flexibilidade aos mecanismos procedimentais para a tutela de direitos e interesses individuais (não homogêneos) a cargo do Ministério Público, possibilitando-se a utilização, no caso, do procedimento administrativo (PA).

1.3 Procedimento Administrativo (PA) e o Fundamento da Dúvida

Sabe-se que o inquérito civil se trata de procedimento administrativo (*lato sensu*), a cargo do Ministério Público, de natureza tipicamente investigatória^{6 7}.

O objeto do inquérito civil, por sua vez, ainda é matéria que comporta divisão doutrinária. Para uma corrente mais ampliada, à qual se filia HUGO NIGRO MAZZILLI, o referido procedimento investigatório não se presta apenas à tutela de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, *como também, por analogia, para colher elementos preparatórios para a instauração de qualquer ação judicial de iniciativa do Ministério Público*.⁸ É também o norte seguido por LUIS ROBERTO PROENÇA⁹.

A posição supra, em princípio, parece estar em alinhamento com a Res. CNMP n. 23/2007, que assim dispõe:

Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Outros, adotando posição mais restritiva – à qual se filia o presente ensaio –, defendem que o inquérito civil não pode servir como instrumento de proteção de direitos e interesses individuais indisponíveis não homogêneos. Isso porque a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 25, IV, 'a', em alinhamento com o disposto no art. 6º, VII, 'd', da Lei Complementar n. 75/93, prevê que o referido procedimento investigatório destina-se à *proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos*. Por conseguinte, o objeto do inquérito civil, segundo a parte final do dispositivo legal citado, seria não simplesmente a tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis, mas, necessariamente, direitos e interesses individuais indisponíveis e homogêneos.

Até porque, o inquérito civil *se dirige, em um primeiro momento, à atividade propriamente investigatória, marcado por alto grau de inquisitorialidade, colhendo-se os elementos de prova para a atuação do Parquet, sobretudo mediante a utilização do poder requisitório*¹⁰.

É a posição adotada, por exemplo, por EURICO FERRARESI, que ressalta indicar a sistemática ser mais recomendável restringir o inquérito civil para apurar lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, devendo referido instrumento investigatório ficar reservado para casos de reconhecida relevância social, política e jurídica¹¹.

Entendimento semelhante deflui-se da obra de EMERSON GARCIA, ao sustentar, com base, inclusive, na necessidade de observância do princípio do Promotor Natural, que

Tratando-se de matéria que se insira nas atribuições do Ministério Público e que não esteja enquadrada sob a epígrafe dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, conforme previsão do art. 25, IV, 'a', da Lei n. 8.625/1993, não é aconselhável a instauração de inquérito civil para a

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

7 RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a Atuação Extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. (Org.) **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 318.

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 446.

9 PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

10 LIMA, Bruno Choairy Cunha de. **Inquérito Civil como Instrumento de Tutela Coletiva**. Revista de Processo. Vol. 267/2017, Maio/2017, p. 407-28.

11 FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35-6.

sua apuração. Justifica-se a assertiva, pois o inquérito civil está sujeito a uma sistemática específica de arquivamento, suprimindo do órgão de execução a decisão final a respeito da investigação por ele presidida. **Nesses casos, o correto será instaurar um procedimento administrativo, no qual o agente poderá utilizar todos os instrumentos contemplados na Constituição e na legislação infraconstitucional com o fim de instruí-lo.** Ante a especificidade do inquérito civil e por não estar em harmonia com o princípio do Promotor Natural a supressão de atribuição do órgão de execução sem norma expressa que a autorize – o que ocorreria com a submissão do arquivamento ao Conselho Superior -, **a matéria deve ser tratada em procedimento administrativo**¹². (grifou-se)

Aliás, o Constituinte de 1988, ao abordar as funções institucionais, parece ter feito clara opção, no art. 129, III¹³, da CF, da reserva do *inquérito civil* para a proteção dos interesses coletivos (*lato sensu*). A par disso, note-se que o inciso VI¹⁴ do mesmo dispositivo constitucional contempla a possibilidade de requisição de informações e documentos para a instrução de *procedimentos administrativos*.

A diferenciação entre os dois instrumentos é justificável não apenas pelas considerações supra mas porque o inquérito civil deve ser reservado para situações de inegável justa causa quanto a sua instauração. Daí dizer com FERRARESI que *A atuação ministerial é responsável e técnica. Há de haver justa causa para instaurar inquérito civil*¹⁵. Ou, ainda, na advertência do próprio MAZZILLI, *Por tudo isso, embora não deva nem possa ser usado com tibieza ou covardia, o inquérito civil deve ser instaurado e presidido com elevado senso de responsabilidade*¹⁶.

Como visto, divergência supra, concernente ao objeto do inquérito civil traz reflexos importantes no tema central de estudo aqui proposto. Nesse passo, a posição mais restritiva, anotada acima, permeia as conclusões do presente ensaio quanto à adequação da utilização do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos individuais indisponíveis (não homogêneos), deixando-se o inquérito civil reservado à tutela coletiva (*lato sensu*).

Bem postas essas premissas, passa-se a explorar, ainda, o fundamento da dúvida como mais um indicativo do acerto do emprego do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos e interesses individuais não homogêneos. A dúvida que porventura possa exsurgir, no caso concreto, quanto à rotina procedimental a ser adotada nas hipóteses de direitos e interesses individuais indisponíveis sem as tintas da homogeneidade – como demanda para atendimento médico ou medicamento a uma única pessoa -, fica ainda mais recrudescida frente a casos de nebulosidade quanto ao caráter eminentemente investigatório ou não de objetos de mesma natureza (individual) que chegam às Promotorias de Justiça cotidianamente. Explica-se.

A par disso, há diversos casos, a serem analisados concretamente pelo órgão de execução, que não permitem evidenciar a necessidade de providências de efetiva *investigação de pessoa*, em face de ilícito específico. Ora, podem eles, pela natureza e/ou provas apresentadas *prima facie*, destinarem-se, exclusiva ou especialmente, ao acompanhamento de situação individual de risco verificada, como de um idoso ou de criança e adolescente, em que os esforços convergem, precipuamente, no afastamento da lesão ou da ameaça de lesão, sem representar necessidade de descortinamento de um autor determinado e sua responsabilização. Pode ser o caso, *e.g.*, de um aluno, infante, infrequente às atividades escolares, ou de um idoso, sem familiares identificados, necessitando de curatela, cuja situação foi identificada pela própria rede de proteção de determinado Município.

Outros fatos, também de natureza individual (indisponível) podem cristalizar, *ab initio*, verdadeiro *direito*, a demandar apenas sua documentação em procedimento específico para fins de coleta de informações e documentos tangenciais complementares. Por exemplo, cita-se a hipótese de cidadão que já apresenta ao Promotor de Justiça com atribuições na matéria, prescrição médica, pela rede pública de atendimento, de determinado fármaco, de caráter comprovadamente insubstituível, acompanhada da negativa dos entes políticos solidariamente responsáveis por seu fornecimento, sendo necessário, entretanto, mais informações de ordem pessoal do interessado (paciente).

Neste caso, como visto, não havendo, em face do objeto da demanda, primária e diretamente, *pessoa* a ser investigada, entende-se não recomendada a instauração de inquérito civil, revelando-se acertada a utilização do procedimento administrativo (PA), conforme, aliás, se extrai do parágrafo único¹⁷ do art. 8º da Res. CNMP n. 174/2017.

Até poque, da análise da Tabela de Classes do Conselho Nacional do Ministério Público (cod. 910005) e do Ato Conjunto n. 02/2010 do Ministério Público do Paraná (art. 5º, VII e § 6º), infere-se que o procedimento administrativo (PA) se destina ao acompanhamento e à fiscalização de fatos e políticas públicas, assim como outras atividades não sujeitas a inquérito civil ou procedimento preparatório a cargo do Ministério Público.

Ainda assim, persistindo dúvida quanto à rotina adequada – como não raro acontecer nas hipóteses de direitos indivi-

12 GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 433-4.

13 *III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

14 *VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*

15 *Ibidem*, p. 52.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 55.

17 Parágrafo único. O procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.

duais, como visto alhures – a ser empregada, o Manual das Tabelas Unificadas do Conselho Nacional do Ministério Público orienta, em última análise, a opção pelo cadastramento do caso como procedimento administrativo (PA). Confira-se:

Se o cadastrador não identificar a Classe processual de um caso concreto deverá, primeiramente, pedir orientação à chefia imediata. Persistindo a dúvida, esta autorizará a classificação provisória do processo como “Procedimento Administrativo” (Cod. 910005), no caso de procedimento extrajudicial, e “Petição” no caso de processo judicial, e encaminhará o caso ao Grupo Gestor de Tabelas Unificadas da sua unidade do Ministério Público, para fins de definição da classificação¹⁸.

Assim, insista-se, remanescendo dúvidas quanto ao caráter investigatório de determinada demanda ministerial, cujos interesses sejam de natureza individual indisponível não homogêneos, cabe a instauração do PA. Mais se afirma tal conclusão, por evidente, no caso de certeza quanto ao caráter não investigatório do objeto.

1.3 Procedimento Administrativo (PA) e regulamentação pelo CNMP

O Conselho Nacional do Ministério Público publicou em seu site, em 1º/09/2014, proposta de Resolução, sob a relatoria, à época, do il. Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego, destinada a disciplinar, no âmbito do Ministério Público, o procedimento administrativo (PA) e a notícia de fato (NF).

Vale registrar, quanto ao aspecto histórico, que os trabalhos de elaboração da aludida minuta tiveram origem em convocação do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais.

Ainda, importa sinalar que referida proposta, assim como a consecutória Res. CNMP n. 174/2017, publicada em 21 de julho de 2017, não propõe qualquer alteração no texto da Res. CNMP n. 23/2007, que disciplina a instauração e a tramitação do inquérito civil e do procedimento preparatório no âmbito do Ministério Público.

Segundo a novel Resolução publicada, o PA é destinado a instrumentalizar as seguintes situações:

Art. 8º O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a:

I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado;

II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;

III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis;

IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil.

Parágrafo único. O procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.

Conforme a proposta originalmente apresentada, o parágrafo único supra dispunha da seguinte redação: *Nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV, o procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.*

Veja-se que, com a alteração promovida e cristalizada na Res. CNMP n. 174/2017, o Conselho Nacional conformou, adrede e abstratamente, que sequer o PA instaurado para a tutela de interesses individuais indisponíveis possui caráter investigatório, o que torna ainda mais remota – senão afasta – a aludida dúvida que, *in concreto*, poderia surgir quanto à rotina a ser empregada.

Disso, fácil perceber que o CNMP passa a reconhecer, expressamente, por texto normativo, a serventia ampliada do procedimento administrativo (PA), reservando-o inclusive para casos de tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis.

Cumpra destacar, ainda, a precuciência da Resolução, ao acautelar para que os casos relativos a direitos e interesses individuais indisponíveis não fiquem ao arrepio da possibilidade de controle pelo Conselho Superior (ou Câmara de Revisão) do Ministério Público, prevendo a possibilidade de recurso do arquivamento àquele colegiado no prazo de 10 (dez) dias:

Art. 13. No caso de procedimento administrativo relativo a direitos individuais indisponíveis, previsto no inciso III do art. 8º, o noticiante será cientificado da decisão de arquivamento, da qual caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão, no prazo de 10 (dez) dias.

Aliás em bem a propósito, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Paraná, nas correições realizadas, antes da publicação da Res. CNMP n. 174/2017, já fiscalizava e orientava que dos encerramentos/arquivamentos de procedimentos administrativos (PAs) fossem cientificados os interessados, constando, do respectivo relatório¹⁹, tópico específico nos seguintes termos: *As promoções de arquivamento observam os requisitos da publicidade, mediante a cientificação dos interessados?*

18 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2013, p. 17.

19 Modelo adotado no ano 2016.

São fatos e sinalizações que não podem ser desprezados no plexo argumentativo que induz a conclusão no sentido do acerto da utilização do PA como mecanismo procedimental na tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis – em seus variados espectros.

1.4 Procedimento Administrativo (PA): Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a par da possibilidade de instauração de inquérito civil para a proteção de interesses individuais (art. 201, V), previu, expressamente, a possibilidade de o membro do Ministério Público instaurar procedimentos administrativos (art. 201, VI), podendo, para instruí-los, *eg.*, expedir notificações e requisitar informações, perícias e documentos.

A necessidade de garantia da proteção integral de crianças e adolescentes e a prioridade absoluta no atendimento de seus variados interesses (arts. 1º e 4º da Lei n. 8.069/90, respectivamente), revelam forçosos, em especial, mecanismos mais céleres e dinâmicos de resolução dos casos que se apresentam cotidianamente ao Promotor de Justiça, notadamente, no que respeita ao presente estudo, aqueles afetos a direitos individuais.

Daí se revelar vantajoso o uso do PA, que permite, habitualmente, soluções com alto grau de efetividade, podendo ser solucionados logo no princípio. Nesse sentir, confira-se a lição de GALDINO AUGUSTO COELHO BORDALLO:

É extremamente vantajoso para a solução dos problemas diários que são apresentados e cuidados pelas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, que se instaure procedimentos administrativos e sindicâncias, pois muitos problemas são solucionados logo em seu nascedouro, evitando-se consequências mais graves para as crianças e adolescentes. Com os procedimentos administrativos e sindicâncias, muitas questões que acabariam por se tornar mais um processo em curso na Vara da Infância são solucionados com simples encaminhamento para órgãos públicos e acompanhamento da evolução da situação²⁰.

No mesmo diapasão, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), conquanto pareça admitir, na matéria especial, a utilização do inquérito civil também para a tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis não homogêneos (art. 74, I), não deixa de contemplar, separadamente, no inciso V do art. 74 a figura do procedimento administrativo (PA).

1.6 Entendimento da Corregedoria-Geral e Conselho Superior do Ministério Público do Paraná

Em sintonia com a tese ora preconizada, observa-se que a Corregedoria-Geral e o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná se orientam, ao menos desde o ano 2016, no sentido da utilização do PA na proteção de direitos e interesses individuais indisponíveis, como situações de risco de crianças e adolescentes e necessidade de dispensação de medicamentos.

Com efeito, em exemplificação, veja-se que nos Protocolos PGJ n. 11869/2016, n. 11.644/2016, n. 11651/2016, n. 11646/2016, n. 11.648/2016, n. 11473/2016, versando sobre pedidos de convocação de inquéritos civis e/ou procedimentos preparatórios em procedimentos administrativos (art. 10 do Ato Conjunto PGJ/CGMP n. 02/2010), em que noticiados casos de tutela da saúde individual (medicamentos e cirurgias), a Corregedoria-Geral do Ministério Público paranaense lançou pronunciamento favorável à conversão procedimental requerida.

Aliás, a despeito da redação do art. 5º, § 6º, do Ato Conjunto n. 02/2010²¹, sinalizando, em princípio, a inviabilidade do manejo do PA para a proteção de interesses individuais de caráter investigatório, a mencionada Corregedoria-Geral – em alinhamento, aliás, agora, com a Res. CNMP n. 174/2017 - vem interpretando, acertadamente, que se entende que casos como os exemplificados acima não possuem conteúdo essencialmente investigatório, de modo que a utilização do inquérito civil não se revela recomendada²².

Ainda, no mesmo diapasão, o eg. Conselho Superior do Ministério Público araucariano registra diversas decisões na mesma linha, valendo citar, em exemplificação, as anotadas nos seguintes pedidos de convocação: IC n. 0148.15.000020-3 (26ª Sessão, Relator Conselheiro Cláudio Rubino Zuan Esteves, voto em 15/08/2016), IC n. 0148.14.001081-7 (3ª Sessão, Relator Conselheiro Armando Antonio Sobreiro Neto, J.: 06/02/2017) e IC n. 0148.14.000292-9 (26ª Sessão, Relatora Conselheira Jacqueline Batisti, J.: 15/08/2016).

Ressalte-se, ademais, que a posição supra encontra respaldo, a par dos fundamentos até aqui explicitados, também na significativa demanda que aporta, amiúde, no eg. Conselho Superior do Ministério Público – indicador que não pode ser desprezado, inclusive sob a perspectiva preventiva. Note-se que este colegiado paranaense, considerando-se dados das últimas 20

20 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 423.

21 § 6º. Os casos que versem sobre direitos individuais, que não envolvam investigação, caso não alcancem solução na forma descrita nos parágrafos 1º e 2º, poderão ser registrados mediante instauração da rotina prevista no inciso VII, com prazo de 12 meses, prorrogável mediante ato justificado da Presidência. (Redação modificada pelo Ato Conjunto nº 2/2011-PGJ/CGMP)

22 Ainda que assim o seja, pela comunicação dos diversos argumentos até aqui exposto, tudo está a recomendar providências administrativas ao norte de alteração do Ato Conjunto n. 02/2010, para, doravante, permitir, de modo expresso e extremo de qualquer laivo de dúvida, o acerto do emprego do PA na tutela de interesses individuais não homogêneos.

(vinte) sessões semanais realizadas (até a 10ª sessão, em março de 2017), apreciou 3.110 (três mil e cento e dez) procedimentos, numa média de 155,5 (cento e cinquenta e cinco) por solenidade²³.

II. CONCLUSÕES OBJETIVAS:

O presente ensaio destinou-se a alinhar alguns fundamentos que estão a recomendar maior flexibilização, seja pelos órgãos de execução, seja pelos órgãos de orientação e controle do Ministério Público, quanto à ferramenta procedimental a ser utilizada na tutela de direitos e interesses individuais (não homogêneos).

Nessa linha, defende-se aqui, inclusive como proposta de enunciado, o procedimento administrativo (PA) como o mecanismo adequado para a proteção de direitos e interesses individuais (não homogêneos), reservando-se o inquérito civil para a tutela de interesses coletivos (*lato sensu*), o que se faz sob os seguintes argumentos, assim sintetizados:

- (a) a atual conformação constitucional e o estágio de amadurecimento institucional estão a exigir posicionamento estratégico, com o estabelecimento de prioridades voltadas para a tutela coletiva, como o estabelecido dentre as diretrizes positivadas na Carta de Brasília de 2016.
- (b) também a conformação constitucional e legislativa hodierna do Ministério Público e das ferramentas de que dispõe a Instituição estão a recomendar a reserva do inquérito civil, ante, inclusive, a sua natureza tipicamente investigatória e seu grau de inquisitorialidade, para a tutela de interesses e direitos coletivos (*lato sensu*);
- (c) múltiplas situações fáticas envolvendo direitos e interesses individuais (ex.: saúde individual, como medicamentos e cirurgias; acompanhamento de situações de risco de criança, adolescente ou idoso determinado) não possuem natureza essencialmente investigatória, pois se destinam muito mais à mera constatação de determinada situação, com a coleta de informações (quando muito) de caráter acidental, isto é, não elementar, em que o direito invocado já se encontra evidenciado ou a convergência dos interesses envolvidos distancia-se de secundário e eventual escopo de responsabilização de determinada pessoa;
- (d) os PAs, nos casos como os identificados acima – sempre, evidentemente, respeitado o entendimento do órgão de execução ministerial que os apreciam - não se destinam propriamente a investigar *pessoa* determinada, conforme previsão do Manual de Tabelas Unificadas do CNMP²⁴ e, agora, Res. CNMP n. 174/2017.
- (e) o Manual de Tabelas Unificadas do CNMP prevê que, na hipótese de dúvida sobre a rotina a ser registrada, deve ser consultada a chefia imediata e, persistindo a incerteza, deve ser registrada como PA, com sequencial encaminhamento daquela ao Comitê Gestor das Tabelas Unificadas do Ministério Público respectivo;
- (f) o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso estabelecem, modo extremo de dúvidas, em dispositivos distintos, para além do inquérito civil, a possibilidade de instauração de procedimento administrativo (PA).
- (g) o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP -, pela recente Res. n. 174/2017, expressamente, estabelece que o PA se destina à tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis, não apresentando a referida rotina caráter de investigação.
- (h) a Corregedoria-Geral e o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná registram, respectivamente, manifestações e deliberações no sentido da adequação utilização do procedimento administrativo (PA) em casos como os anotados alhures, envolvendo interesses individuais.

Em sintonia com o entendimento esposado, de modo a recrudescer o grau de segurança jurídica e na perspectiva de uniformização da atuação ministerial, bem assim sensível à significativa demanda de feitos que aportam ao Conselho Superior do Ministério Público, propõe-se:

- a) a revisão do Ato Conjunto PGJ/CGMPPR n. 02/2010, para prever, expressamente, nos moldes da Resolução apresentada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a utilização ampliada do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos interesses individuais indisponíveis (não homogêneos), como rotina acertada para este fim, bem assim, no caso do seu arquivamento, a possibilidade de recurso pelo interessado ao Conselho Superior;

23 Não incluídos aqui feitos relativos à movimentação na carreira e as deliberações da 37ª e 39ª sessões de 2016 e da 9ª sessão de 2017, porquanto destinadas a apreciações de situações outras, específicas, como impugnação de vitaliciamento e aprovação de regulamento de concurso público.

24 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual**..., p. 16.

- b) a revisão dos procedimentos institucionais finalísticos (PIFs)²⁵, no âmbito do Ministério Público do Paraná, para prever, em suas descrições e fluxogramas, a necessidade de cientificação dos interessados na hipótese de arquivamento do procedimento administrativo quando destinado à proteção de direitos e interesses individuais, bem como a possibilidade de recurso ao Conselho Superior.

Finalmente, uma vez regulamentado o Procedimento Administrativo pelos Ministérios Públicos Estaduais, do Distrito Federal e da União, para prever expressamente a adequação ampliada desta rotina para casos envolvendo interesses e direitos individuais (não homogêneos), recomendável, também sejam disciplinados os seguintes aspectos: (a) possibilidade de utilização da recomendação administrativa e do termo de ajustamento de conduta (TAC); e (b) controle pelo Conselho Superior do Ministério Público ou da Câmara de Coordenação e Revisão em caso de necessidade de prorrogação do PA, o que pode se dar por comunicação ou pedido fundamentados ao Colegiado respectivo.

III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Proposta de Resolução 01/09/2014 nº 1**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/333/>>. Acesso em: 19 de março de 2017.

COURA, Alexandre de Castro; e FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público Brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: Ltr, 2015.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FINGER, J. C. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Bruno Choairy Cunha de. **Inquérito Civil como Instrumento de Tutela Coletiva**. Revista de Processo. Vol. 267/2017, Maio/2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimentos Institucionais Finalísticos**. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2820>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a Atuação Extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. (Org.) **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

25 Documentos elaborados no âmbito do Ministério Público do Paraná, em alinhamento à NBR ISO 9001, estabelecendo a descrição das rotinas em forma de Procedimento, pela Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional em parceria com a Corregedoria-Geral, objetivando, de forma dinâmica, aprimorar e formalizar as rotinas de trabalho que orientam a ação cotidiana de membros e servidores da instituição. Conferir, a propósito: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimentos Institucionais Finalísticos**. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2820>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

**III. ÁREA DA POLÍTICA
INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

SAUDADES DO PROMOTOR AD HOC

Como isso é possível? ¹

ANDRÉ SILVANI DA SILVA CARNEIRO*

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* 23º Promotor de Justiça Substituto de Recife - PERNAMBUCO

1. EXPOSIÇÃO

1.1. Introdução

É cediço que o Ministério Público não apresenta uma estirpe histórica idêntica mundo afora e que não se originou com a feição atualmente conhecida, em especial no caso brasileiro.

Todavia, a matriz comum e mais remota está sem dúvida ligada ao papel de acusador, agentes públicos imbuídos “de punir os rebeldes e os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo, ouvir as notícias de delitos, **tomar parte nas instruções** para descobrir a verdade e indicar as disposições legais aplicáveis a cada caso”² (grifamos).

Os primeiros membros do Ministério Público surgiram no reinado de Felipe III (1245-1285), da França, sendo denominados *procureurs du roi* (Procuradores do Rei). Tratavam-se de juizes, ou magistrados especiais, designados para proceder a acusação. Mas foi no reinado seguinte, de Felipe IV, o Belo (1285-1314), que o Ministério Público surgiu como instituição. A Ordenança de 23 de março de 1303 é considerada sua certidão de nascimento, regulando as competências dos Procuradores do Rei e instituindo a Instituição como magistratura especial, encarregada exclusivamente de perseguir, de ofício, os delinquentes de delitos conhecidos.

Então, foi apenas na França do fim da Idade Média que surgiu o autêntico precursor do moderno representante do Ministério Público, escolhido dentre os que desempenhavam a função de juizes, detendo com exclusividade a acusação. Ali, o processo penal visivelmente se desenvolveu sob outro viés. Não seria justo o julgamento enquanto as tarefas de acusar e de julgar recaíssem numa mesma pessoa. A experiência já havia demonstrado que, de regra, quem julga sobre a acusação promovida por si próprio é tendencioso ao seu acolhimento, apegando-se ao seu teor, tomando-a como verdadeira e minimizando a importância dos argumentos em sentido contrário. Por isso, em tal sistema a imparcialidade mínima essencial não existiria para sustentar um julgamento isento, de vez que o agente público estaria inclinado a ser partidário do trabalho de acusação desenvolvido por ele próprio.

Até então, sobretudo em Roma, apurado o crime, um só agente público era encarregado de promover a acusação, produzir provas e julgar o caso. Dessa forma, esse super agente público acumulava as funções de acusador e de juiz. O “juiz-inquisitorial” dos tribunais da Inquisição seria o melhor exemplo dessa figura, sendo esse modelo de processo penal, não à toa, batizado de inquisitivo e que parece estar banido dos chamados Estados Democráticos de Direito.

No Brasil, seguindo a mesma linha do Direito francês, os primeiros membros do Ministério Público eram integrantes do Judiciário designados para exercer a acusação criminal perante os Juízos onde até então atuavam. Dão exemplos disso a **Constituição de 1824**, que criou o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, dentre cujos desembargadores eram nomeados os Procuradores da Coroa, e a **Constituição de 1891**, que estabeleceu que o Procurador-Geral da República seria indicado pelo Presidente da República, devendo a escolha recair na pessoa de um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nas constituições seguintes, conquanto a ele tenha sido dispensado um arcabouço normativo significativamente inferior ao do Poder Judiciário, o Ministério Público foi paulatinamente ganhando autonomia e feição próprias enquanto instituição, até o advento da Constituição Federal de 1988, que o colocou como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Seus membros e os do Judiciário permaneceram ostentando garantias comuns, como independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Com base num dado e consolidado momento histórico, foram realmente traçadas as bases de um novo sistema processual penal, denominado de acusatório: **a)** a missão de punir os responsáveis pelo cometimento dos ilícitos mais graves na sociedade incumbe ao Estado; **b)** tal encargo é se dá em duas vertentes inconfundíveis, a acusação e o julgamento, **aquela realizada antes deste**; **c)** a punição com justiça pressupõe que a acusação seja realizada por um órgão ou agente público distinto daquele a quem incumbe a tarefa de julgar.

Assentaram-se, assim, os princípios do promotor natural, pelo qual *ninguém pode ser processado sem um acusador legítimo e idôneo*, e o da inércia jurisdicional, segundo o qual *o juiz não pode punir os ilícitos que verifica na sociedade por iniciativa própria, senão somente mediante a provocação de terceiros*.

Eis as raízes históricas do Ministério Público e do Judiciário modernos, ambos resultantes da divisão das atribuições daquele órgão anômalo existente até quase o fim da Idade Média. A tarefa de aplicar sanções passou a ser realizada não mais por um, mas por dois órgãos estatais. Ao primeiro cumpriria, **com exclusividade**, a tarefa de acusar perante o Judiciário; a este, por sua vez, o encargo de apreciar a acusação, julgando-a. O Ministério Público não pode julgar as acusações que formula, dependendo, dessa maneira, das decisões do Judiciário; este não pode trazer a si próprio as acusações, passando a depender das que são formuladas e levadas a cabo pelo Ministério Público.

² <http://www.prpb.mpf.br/artigos/artigos-procuradores/a-origem-historica-do-ministerio-publico>

De fato, nos dias atuais, é forçoso reconhecer que não existe, **ao menos na estrutura formal do Estado**, um cargo público com poderes semelhantes ao do juiz-inquisitorial. Se existisse, tratar-se-ia de uma espécie de promotor-juiz, ou juiz-promotor, isto é, alguém que incorporaria, simultaneamente, as atribuições de ambos os cargos.

Contudo, conquanto a forma se apresente aperfeiçoada na atualidade, no Brasil se tem feito tábula rasa de tão árduas conquistas históricas. É o que se tenta demonstrar adiante.

1.2. Menos que o “Promotor ad hoc”

Hoje, olhando para o ordenamento jurídico nacional, parece mesmo elementar a compreensão de que a instrução processual não pode se operar sem a intervenção do Ministério Público, titular da ação penal, parte e também *custos legis* no processo, de há muito incorporado o devido processo legal, do qual é corolário o princípio constitucional do contraditório, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 5º - (...)

LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes.”³

Não para por aí. Conforme o disposto no art. 129, inciso I, da mesma CRFB, “são funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

E a Lei em questão, fruto da regulamentação infraconstitucional, vê-se nos dizeres dos artigos 100 a 106 do Código Penal (CP) e 24 a 62 do Código de Processo Penal (CPP).

Na prática não é bem assim.

Ocorre que o Tribunal de Justiça de Pernambuco, pelo seu Conselho Superior, entendeu por bem de ignorar a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional relacionada ao tema, ao editar, em 13 de novembro de 2014, a Recomendação n. 01/2014, recomendando aos magistrados com jurisdição criminal que “realizem as audiências de instrução, sem a participação do representante do Ministério Público, desde que tenha havido sua prévia intimação pessoal para comparecer aos referidos atos processuais”.

Como assinala o defensor público pernambucano, Igor Araújo de Arruda, em artigo publicado “A aludida Recomendação é além de inválida, a partir das premissas legal, convencional e constitucional, desatualizada, utilizando-se de precedentes do STJ ultrapassados (RHC n. 27.919/RS, T6, DJe 14/04/2014), mantendo em vigor recomendação administrativa ilegal (art. 96, inc. I, “a”, CRFB), causadora de insegurança jurídica e fomentadora de anulações de inúmeros processos-crime, não atingindo seu desiderato, mas verdadeiramente sendo possível o contrário: a duração irrazoável dos processos com a sua anulação e retorno à fase probatória (art. 573, CPP), o reconhecimento de inúmeras teses extintivas da pretensão punitivo-acusatória e o relaxamento de prisões ilegais (art. 5.º, inc. LXV, CRFB c/c Súmula 64, STJ).”⁴

A tímida e pontual reação do Conselho Superior do MPPE ao ato extremo do Tribunal de Justiça veio com a publicação no Diário Oficial, em 20 de novembro de 2014, da Instrução Normativa n. 001/2014, simplesmente recomendando aos membros “que, ao serem intimados para audiências/sessões do júri, cujas datas coincidam com outras intimações já efetuadas, registrem a impossibilidade de comparecimento e requeiram o adiamento do ato processual. Na hipótese de manutenção da audiência, façam o devido protesto nos autos, a fim de evitar preclusão, e avaliem a ocorrência de prejuízo ao regular processamento da ação, com a adoção das medidas judiciais cabíveis”.

Por parte da Associação do MPPE coube a propositura do Procedimento de Controle Administrativo – PCA, junto ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ (n. 00071-07.2015.2.00.0000), com pedido de liminar para a suspensão do ato (alcançado e nunca cumprido pelo TJPE) e, no mérito, a invalidação da própria Recomendação n. 01/2014. No mérito, considerada válido o ato atacado, sendo do seguinte teor a ementa resultante da decisão do CNJ:

“RECURSO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PUBLICAÇÃO DE RECOMENDAÇÃO. AUDIÊNCIA CRIMINAL. REGULAR INTIMAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO COMPARECIMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ORIENTAÇÃO SEM NATUREZA IMPOSITIVA.

1. O ato administrativo ora impugnado mostra-se consentâneo com a jurisprudência pátria, ca-

³ <https://jus.com.br/artigos/46443/audiencia-de-instrucao-criminal-sem-orgao-de-acusacao-e-o-protagonismo-imparcial>

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5-10-1988.

bendo ao Ministério Público noticiar previamente, em cada ato processual, eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento de seu membro à audiência para a qual foi regularmente intimado. Precedentes do STF (RE 179272, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/10/2001, DJ 14-12-2001) e do STJ (HC 297.684/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 10/11/2014).

2. As orientações apresentadas administrativamente pelo Tribunal, com natureza de mera recomendação, não afastam a prerrogativa do magistrado para condução do processo e, conseqüentemente, administração da pauta para agendamento das audiências e demais atos processuais.

3. Recurso provido para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.”

O entendimento do CNJ de que “O ato administrativo ora impugnado mostra-se consentâneo com a jurisprudência pátria, cabendo ao Ministério Público noticiar previamente, em cada ato processual, eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento de seu membro à audiência para a qual foi regularmente intimado”, diz o quão equivocado é o fundamento da decisão.

Ora, basta examinar o conteúdo dos votos divergentes no julgamento do caso pelo CNJ, para se constatar que, além de ignorar os conteúdos das decisões mais recentes a respeito do assunto e que foram apresentados pelo relator do caso e por outros Conselheiros, a decisão na verdade se valeu de posicionamentos que não se aplicam de modo algum ao caso, fazendo crer que alguns dos integrantes do órgão de controle, sequer sabiam do que se tratava. Apenas para exemplificar, eis uma das decisões ali mencionadas para fundamentar um dos principais votos e a decisão final:

“TJ-RS - Apelação Cível AC 70042526426 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 19/07/2011

Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA PROVISÓRIA. AGRAVO RETIDO. INTIMAÇÃO DO , EM . MINISTÉRIO PÚBLICO AUSÊNCIA AUDIÊNCIA OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 84 , DO CÓDIGO DE PROCESSO**

CIVIL . NULIDADE INOCORRENTE. O não comparecimento do em Ministério Público audiência para a qual foi devidamente intimado não acarreta nulidade do feito, pois observado o disposto no artigo 84 do Código de Processo Civil . GUARDA PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DO MENINO JUNTO À FAMÍLIA CANDIDATA À ADOÇÃO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Estando o casal regularmente habilitado para a adoção, desde setembro de 2009,...”

Contudo, mesmo antes da citada Recomendação 01/2014, diversas audiências no âmbito penal já eram diuturnamente realizadas, em todo o Estado de Pernambuco, sem a intervenção de um membro do Ministério Público, mesmo diante do conhecimento antecipado de que a ausência não decorreria de desídia do integrante ou da Instituição, mas antes e tão-somente da impossibilidade de atender a atuações simultâneas e incompatíveis materialmente entre si, fisicamente impossíveis de serem compatibilizadas, tal qual igualmente ocorre com outras instituições operadoras do direito (Advocacia, Defensoria e o próprio Judiciário). A Recomendação institucionalizou o procedimento, massificando-o.

Atualmente, de tão consolidada e banalizada que resta a arbitrária prática, pouco importa a existência de “eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento”, pois de qualquer modo a audiência se realiza, no todo ou em parte, sem o representante do Ministério Público. E, tornando tudo ainda mais grave, a sentença é proferida, mesmo que sem as alegações finais do *Parquet*, pois a promoção da ação penal pelo Ministério Público em Pernambuco é apenas circunstancial, isto é, desde que recebida a denúncia, com ou sem promotor de justiça, o processo chegará a um termo.

A título de exemplo, observe-se o teor de recente despacho de magistrado pernambucano, em audiência realizada em 10 de maio de 2017, junto à 1ª. Vara de Entorpecentes da Capital, ao se permitir realizar a instrução processual inteira sem o representante do Ministério Público, mesmo diante de antecipado e fundamentado requerimento:

“Com relação ao teor da petição de fls. 167 a 178 de lavra do Representante Ministerial, tenho a dizer que: entendo a preocupação do eminente órgão, no entanto impossibilitado estamos em atende-lo, vez que o adiamento da presente audiência, com a pauta anteriormente publicada, com as intimações regularmente realizadas, causará um sério transtorno aos jurisdicionados, aos insígnis defensores e a este magistrado, razão pela qual, pedindo-lhe vênua, INDEFIRO.” (Proc. n. 0018200-48.2016.8.17.0001)

Curiosamente, em sentido contrário à atual prática e evidenciando o retrocesso do momento, está o manifesto em Pernambuco **há mais de dez anos**, em janeiro de 2006, firmado pelos representantes máximos de cada uma das instituições de Justiça do Estado: o MPPE; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Defensora Pública; e o próprio Tribunal de Justiça:

“O Ministério Público de Pernambuco (MPPE), o Tribunal de Justiça (TJPE), a Ordem dos Advogados do Brasil – seção Pernambuco (OAB-PE), a Defensoria Pública Estadual e a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos assinaram nessa quinta-feira (12) manifesto em defesa do Direito Humano de acesso à Justiça. No documento, as cinco instituições firmaram um pacto se comprometendo a recomendar aos seus membros que se abstenham de realizar ou participar de audiências sem a presença **de um representante do MPPE**, da Defensoria Pública e da OAB.”(grifamos)

O mesmo manifesto apresenta em sua fundamentação, entre outras coisas o seguinte:

“Mais adiante, nos artigos 127 a 134, foram erigidas à condição de funções essenciais e indispensáveis à Justiça, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública, **instituições que, por seus membros, devem em número adequado sempre estar presentes em todos os atos relativos ao exercício desse direito, sob pena de negar-se vigência à normativa internacional e à Constituição da República.**” (grifamos)

“No documento, as cinco instituições firmaram um pacto se comprometendo a recomendar aos seus membros que se abstenham de realizar ou participar de audiências sem a presença **de um representante do MPPE**, da Defensoria Pública e da OAB.” (grifamos)⁵

Porém, ignorando completamente até mesmo o **notável entendimento interinstitucional**, coloca-se a surpreendente Recomendação n. 01, de 13 de novembro de 2014, do próprio Conselho Superior da Magistratura de Pernambuco, **agora** exortando aos juízes criminais a realizarem audiências sem a intervenção de um membro do Ministério Público.

Na realidade, optou-se por um tipo de “solução”, unilateral e arbitrária, diante da impossibilidade da figura do *promotor ad hoc*.

A propósito, foi o próprio Supremo Tribunal Federal que julgou, em 28 de agosto de 2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2874 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, contra o ousado ato do corregedor-geral de Justiça do estado de Goiás, que previa a possibilidade de designação de promotor “ad hoc”. A decisão unânime acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que assim se pronunciou:

“Custei a imaginar que a referência à nomeação de promotor ad hoc pudesse alcançar, como realmente alcança, a atuação em defesa da sociedade, em nome do Ministério Público estadual de pessoa estranha ao quadro deste último. Mas é exatamente esse o objetivo da norma, conforme depreende-se das situações previstas para chegar-se à nomeação e também das informações apresentadas. Problemas relacionados à ausência dos promotores de Justiça aos atos processuais nas comarcas do estado não autorizam a Corregedoria Geral de Justiça a substituir-se quer ao Legislativo na criação dos cargos, quer ao Ministério Público na feitura dos concursos”.

Todavia, como é possível se considerar inconstitucional a nomeação de um substituto “ad hoc” à fazer as vezes do Ministério Público, mas se aceitar a realização da instrução do processo penal com ainda menos do que isso, isto é, **sem nenhum tipo de representação?**

Chama a atenção, o fato de que, como agora, à época se tentava justificar a medida pela necessidade de “suprir ausência momentânea do promotor na comarca”.

O acórdão prolatado pelo **Conselho Nacional do Ministério Público**, nos autos do **Pedido de Providências 1.00326/2015-02**, oriundo de Representação do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a respeito da ausência de representantes da Instituição em audiências e sessões do Tribunal do Júri, esclarece que tais ausências decorrem de fatos não imputados diretamente aos membros, os quais não comparecem aos atos em razão do déficit de cargos na instituição e das restrições orçamentárias. Ao final, recomenda o CNMP a nomeação dos candidatos aprovados no último concurso público para membros, observada a disponibilidade financeira e orçamentária (<http://migre.me/t23Tp>).

Mas, se é verdade que o Ministério Público em Pernambuco enfrenta dificuldades pela existência de mais de uma centena de cargos vagos, **há também outra centena de aprovados prontos para serem nomeados promotores de justiça**. Por outro lado, igualmente é fato que o Poder Judiciário local tem seus próprios limites, de modo que ainda diversas audiências são adiadas por falta de juízes, mas nem por isso não improvisam as partes a realização da instrução sem a presidência de um magistrado, o que poderia até ser feito seguindo as bases do mesmo raciocínio prático, e não jurídico, de que se vale a Magistratura para realizar audiências criminais sem a intervenção de um membro da instituição ministerial.

Decerto que, assim, teríamos um sistema de justiça bem mais célere, pagando-se alto preço por isso. Mas, se há de se fazer letra morta das garantias e prerrogativas diversas atingidas com esses conceitos, de há muito ultrapassados, então que se promova logo as reformas legais necessárias (em sendo possível). Para quê um Ministério Público, no processo penal, cuja

⁵ fonte: assessoria de imprensa do MPPE, no site da instituição: www.mp.pe.gov.br, em 13.01.2006.

atuação não é certa, mas circunstancial? O juiz faz-tudo está aí para suprir essa insuficiência de promotores de justiça, fazendo também suas vezes. Melhor liberar por completo a instituição para uma atuação estritamente extrajudicial. E o Brasil que apresente ao mundo jurídico essa jabuticaba.

Quem imaginaria a Advocacia ou a Defensoria aceitando a realização da instrução criminal sem a sua efetiva intervenção? E o que dizer do próprio Judiciário, calando diante de um proceder arbitrário como este, encampando o promotor de justiça função privativa do juiz? Sabemos que não aceitaríamos nem por um momento, sequer um único ato assim. Eles riem da só hipótese. Então, a indagação certa a fazer é: e porque justamente nós membros do Ministério Público, incumbidos da defesa do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, *custos legis* no processo, aceitaríamos?

A sedimentada prática, agora convalidada pelo próprio CNJ, de se promover assim o andamento da ação penal, coloca o Ministério Público da nação, uno e indivisível, diante de um tamanho retrocesso que, espelhando-se em período medieval da história, em que acusador e juiz se fundiam em um mesmo ator, faz com que se tenha mesmo saudades do promotor *ad hoc*, onde ao menos uma figura distinta do juiz fazia as vezes do órgão de acusação, a um só tempo preservando a imparcialidade do magistrado e “representando” o Ministério Público em audiência. Perceba-se que não se defende aqui o retorno da figura escatológica do promotor nomeado, com o perdão pelo excesso metafórico. O que se aponta é tão-somente o tamanho do atraso em que permitimos nos colocar (o que somente seria possível explicar em uma abordagem a parte, posto que são múltiplas e complexas as causas a se reportar).

Neste caso, a ideia de se alcançar a tão almejada celeridade processual, parece filiada ao pensamento de que os fins justificariam os meios e a “prestação jurisdicional” mais célere abonaria um verdadeiro descarte do Ministério Público na instrução do processo penal – menos que o “*promotor ad hoc*”, ainda que a Constituição Federal estabeleça que essa “função jurisdicional do Estado” apenas se perfaz com a participação da Instituição esquecida, de conformidade com as fórmulas estabelecidas.

1.3. Manifestos Aspectos de ilegalidade

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, cabendo-lhe a sua promoção. Observe-se que primeira, efetiva e mais ampla oportunidade de promoção da ação penal se dá na instrução processual, já que os demais atos de intervenção no feito são formas de encaminhamento secundário ou indireto da ação. É o que ocorre quando, por exemplo, é requerida a realização de perícia ou a juntada de prova emprestada.

Parece evidente que, sem a concreta intervenção de um membro do Ministério Público na instrução do feito, a realização do ato e produção de “prova condenatória” pelo próprio magistrado claramente gera nulidade de caráter absoluto, **ainda que tenha ocorrido a intimação do membro para o ato** – mera formalidade necessária para dar conhecimento de hora e local da audiência, apenas.

É importante destacar que o que a Lei processual penal assegura, assim como a Constituição Federal e os tratados internacionais pertinentes a matéria, é a efetiva atuação das partes no contraditório e não apenas a mera faculdade aos envolvidos ou, menos ainda, a simples intimação para o ato.

Porém, evidencia-se ainda mais prejudicial ao interesse público a falta do Ministério Público na produção da prova penal, quando se vê que, **além de promover privativamente a ação penal como parte autora**, também atua o *Parquet* como fiscal da lei, sendo constitucionalmente considerado essencial à função jurisdicional do Estado, incumbências que são necessárias e absolutamente insubstituíveis, muito menos passíveis de serem suprimidas.

Destarte, a realização do ato sem um representante do Ministério Público, além de contrariar o basilar princípio da igualdade de tratamento às partes, **maculando o devido processo legal e o seu corolário o contraditório**, ainda compromete aquelas privativas atribuições ministeriais e a própria função jurisdicional do Estado em sua plenitude.

O **devido processo legal** se traduz em um princípio do Direito que pretende garantir aos litigantes um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de completas garantias constitucionais, de modo que o desrespeito às regras torna o processo nulo. A importância de tal princípio é tamanha que, além de estar presente na maioria das constituições dos países soberanos, figura ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

De tal forma, no meio processual, especificamente na esfera do direito probatório, o princípio do contraditório, que decorre do devido processo legal, manifesta-se na oportunidade que os **litigantes** têm de requerer a produção de **provas e de participarem de sua realização**, assim como também de se pronunciarem a respeito de seu resultado, por isso mesmo podendo ser definido pela expressão *latina audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”.

Também não se deve perder de vista que, mais recentemente e não por acaso, a Lei n. 11.690/2008 fez pontuais alterações no Código de Processo Penal, eliminando claramente o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, onde as

perguntas feitas pelas partes eram dirigidas ao Juiz e este indagava as testemunhas, o que também ocorria com o interrogatório. Diante da mudança legislativa, passou a prescrever o artigo 212 do CPP que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha”, cabendo ao juiz apenas **complementar** a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, naturalmente também exercendo o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas, presidindo a audiência.

A complementariedade que se encontra revelada na norma processual leva à compreensão de que foi ajustado o regramento legal, impondo uma ordem a ser obedecida na inquirição, onde a parte que arrolou a testemunha realiza ou tem a oportunidade de efetuar a pergunta antes da parte adversa e o juiz atuando num plano secundário da produção da prova, apenas para complementar questões não esclarecidas, tem a oportunidade de perguntar por último, assim melhor preservando o seu dever de imparcialidade. O procedimento instituído no plano infraconstitucional é consentâneo com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, que se baseia na separação entre três sujeitos processuais distintos, representando os afazeres de acusar/fiscalizar, defender e julgar.

Adota-se uma clara separação entre os papéis do juiz e da acusação, decorrente do sistema processual constitucional vigente, sendo incumbência do Ministério Público o ônus de provar a imputação deduzida na denúncia. É assim no sistema acusatório, porque as funções de acusador e julgador são previamente estabelecidas e delimitadas, **não podendo haver a substituição de um pelo outro**, em nenhuma hipótese ou sob qualquer justificativa.

Destarte, a realização da audiência de instrução e julgamento sem a representação do **MINISTÉRIO PÚBLICO** importa, primeiramente, em violação do princípio do contraditório – que pressupõe a atuação efetiva das partes: acusação e defesa e não apenas a mera faculdade que a Recomendação 01/2014, inovando arbitrariamente, parece querer fazer crer existir ao órgão do Ministério Público, como se o devido processo legal se materializasse no simples ato de intimação do membro.

Para além da boa vontade no desejo de promover celeridade processual a qualquer custo, a atitude implica em transgressão ao sistema acusatório, uma vez que o papel de promoção da ação penal termina sendo exercido, justamente no seu momento e forma mais relevantes, pelo ator processual que tem a incumbência distinta de julgador imparcial: o juiz da causa.

A doutrina tem posicionamento claro sobre o assunto, como se vê em “As nulidades no Processo Penal”, 3ª. Edição, Ada Pellegrine Grinover e outros:

“inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes.

Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

*Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo o quanto for utilizado **sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado do juiz.***

Conclui-se, enfim, que quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte, e que a intervenção e participação dos sujeitos do processo há de ser prévia.” (grifamos)

E continua:

“A ausência do promotor na audiência impõe substituição por outro membro do Ministério Público, ou o adiamento: segundo os arts. 45 e 564, III, “d”, CPP, a participação do órgão acusatório é essencial para a validade de todo ato processual de instrução criminal.” (grifamos)

Igualmente esclarecedor o magistério de AURY LOPES JÚNIOR:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retira do juiz o papel de protagonista da instrução. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.

Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completa, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição.

(...)

*A situação é ainda mais grave quando o Ministério Público não está na audiência e, diante da ausência do acusador, assume o juiz esse papel, formulando as perguntas. Neste caso, mais do que protagonista, o juiz assume uma postura substitutiva do acusador; em flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório, a imparcialidade e a própria igualdade de armas.*⁶

Tudo isso revela o que é cediço, isto é, a produção das provas é devida às partes e não ao magistrado, que deve preservar a condição de imparcialidade no processo e **atuar de forma complementar**, empenhando-se, sobretudo, na sua privativa função de presidir o ato durante a instrução do feito, zelando pela aplicação da Constituição Federal, sua principal incumbência.

Naturalmente, sendo a audiência realizada sem o membro do Ministério Público, duas são as possibilidades: **na primeira** o juiz se empenha, de diferenciada forma, para suprir a falta ministerial e isso se materializa em uma atípica atuação em relação à prova, dando aso a figura do “juiz acusador”; **na segunda**, queda-se o magistrado na sua neutralidade costumeira, imbuído pelo dever de imparcialidade, policiando-se com rigor para tentar não se deixar levar pela própria incompletude material do ato.

Percebe-se, num ou noutro caso, a patente contraindicação para que assim se proceda ao ato, tudo se agravando diante do fato de que **nunca** restará suprida a necessária função de *custos legis* durante a solenidade atrevida.

No sentido da configuração de nulidade absoluta em casos que tais, colaciona-se ainda o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. **SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO ENTRE O PAPEL INCUMBIDO AO ÓRGÃO ACUSADOR E AO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. NULIDADE INSANÁVEL. RECURSO**

DESPROVIDO. 1 - Com a entrada em vigor da Lei Nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas. 2 - A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último. 3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte

-, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual. 4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do CPP. **5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução.** 6 - Assim, na hipótese, não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta

⁶ Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 657/662.

.....

ao sistema penal acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido. 7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão. 8 - Recurso especial desprovido (STJ. REsp 1259482/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTATURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 27/10/2011).(grifamos).

2. CONCLUSÃO OBJETIVA

- 2.1. a Recomendação TJPE n. 01/2014, exortando aos juízes criminais a realizarem as audiências de instrução sem o membro do Ministério Público e os atos judiciais delas decorrentes, conduzem todo o Ministério Público Nacional, uno e indivisível, a um arbitrário rebaixamento, inferior ao experimentado com a figura do *promotor ad hoc*, tratando-se de uma forma esdrúxula ainda mais perversa, tratando-se de medida administrativa e não jurisdicional.
- 2.2. A instrução processual é a primeira, efetiva e mais ampla oportunidade de promoção da ação penal, sendo os demais atos de intervenção no feito formas de encaminhamento secundário ou indireto da ação.
- 2.3. A realização da instrução processual penal sem um membro do Ministério Público viola, a um só tempo, os princípios do promotor natural, pelo qual ninguém pode ser processado sem um acusador legítimo e idôneo, e da inércia jurisdicional, segundo o qual o juiz não pode punir os ilícitos que verifica na sociedade por iniciativa própria, senão somente mediante a provocação de terceiros. Trata-se de inequívoca violação ao sistema acusatório.
- 2.4 Tendo sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal a nomeação “ad hoc” de substituto ao promotor de justiça, muito mais grave se afigura a realização da instrução processual penal **sem nenhum representante da instituição**, caso em que a substituição inevitavelmente se opera pelo magistrado.
- 2.5 Para o Ministério Público, a participação às audiências é um dever e não faculdade, sendo irrelevante saber se eventual ausência é ou não justificada ou se foi ou não intimado para o ato o seu representante, pois as medidas a serem adotadas em caso de não comparecimento à audiência estão previstas no art. 455, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Para a sociedade é um direito se fazer representar pelo Ministério Público, nas hipóteses devidas, onde se inclui toda a atuação no processo penal.
- 2.6.A intimação para à audiência se traduz em mera formalidade, necessária apenas para dar conhecimento de data e lugar para a realização do ato, por isso não tendo o condão de autorizar o juiz a promover a instrução, quando ausente qualquer das partes. O devido processo legal não se caracteriza pela oportunidade de intervenção das partes no processo, mas somente se perfaz com a efetiva intervenção de todos os atores.
- 2.7. Superadas as questões de ordem e outras eventuais medidas judiciais, fica prejudicado o exame de mérito pelo Ministério Público na fase de alegações finais, nos feitos criminais em que a instrução tenha sido procedida sem a sua intervenção, devendo o membro apontar apenas a preliminar de nulidade do processo e, *mutatis mutandis*, proceder de igual modo em razões de recurso ou contrarrazões.

*MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL
E PRINCÍPIO FEDERATIVO*

Análise a partir da decisão proferida pelo STF na Ação Civil Originária 924/PR¹

ANTÔNIO FERNANDES OLIVEIRA MATOS JÚNIOR *

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* 37º Promotor de Justiça criminal de Recife – PERNAMBUCO

Assessor Técnico em Matéria Administrativo constitucional do MPPE

1 – JUSTIFICATIVA:

O julgamento da Ação Civil Originária 924/PR pelo Supremo Tribunal Federal, para além de revisitar a jurisprudência pacificada naquela Corte quanto à indicação do responsável por definir conflitos de atribuição entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, inova ao estabelecer uma hierarquia entre os órgãos do Ministério Público brasileiro e, como tal, autoriza afirmar a quebra do princípio federativo que orienta a República brasileira.

Nestes termos foi o acórdão proferido na Ação Civil Originária 924, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 19/05/2016, que teve por relator o Min. Luiz Fux, publicado em 26/09/2016:

“CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOTADOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO PARQUET EM FAVOR DE MUTUÁRIOS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. QUESTÃO PRELIMINAR. ALCANCE DO ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA F DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPOSITIVO DIRECIONADO PARA ATRIBUIR COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF EM CASOS DE CONFLITO FEDERATIVO. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA PELA CORTE (ACO 1.109/SP E PET 3.528/BA). MERO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES QUANTO À ATUAÇÃO ENTRE DIFERENTES ÓRGÃOS MINISTERIAIS DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO INSTITUCIONAL E NORMATIVA INCAPAZ DE COMPROMETER O PACTO FEDERATIVO AFASTA A REGRA QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA E REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (PGR) – (PRECEDENTE FIXADO PELA ACO 1.394/RN).

In casu: (i) cuida-se de conflito negativo de atribuições entre diferentes órgãos do ministério público para se definir a legitimidade para a instauração de Inquérito Civil em investigação de possível superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais no Município de Umuarama/PR; e (ii) há suspeita de que construtoras obtiveram, por intermédio da Caixa Econômica Federal, verbas do Sistema Financeiro de Habitação, em valor superior ao necessário para a construção dos conjuntos habitacionais, excesso esse que teria sido repassado aos mutuários da CEF.

Em sede preliminar, o tema enseja revisitação da jurisprudência assentada por esta Corte (ACO 1.109/SP e, especificamente, PET 3.528/BA), para não conhecer da presente Ação Cível Originária (ACO). Nesses precedentes, firmou-se o entendimento no sentido de que simples existência de conflito de atribuições entre Ministérios Públicos vinculados a entes federativos diversos não é apta, per se, para promover a configuração de típico conflito federativo, nos termos da alínea f do Inciso I do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O caso dos autos remete, conseqüentemente, a mero conflito de atribuições entre órgãos ministeriais vinculados a diferentes entes federativos.

Em conclusão, essa situação institucional e normativa é incapaz de comprometer o pacto federativo e, por essa razão, afasta a regra que, em tese, atribui competência originária ao STF. Ademais, em consonância com o entendimento firmado por este Tribunal no julgamento da ACO 1.394/RN, o caso é de não conhecimento da ação cível originária, com a respectiva remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para a oportuna resolução do conflito de atribuições”.

A discussão estabelecida quanto ao responsável pela definição de eventuais conflitos de atribuição entre órgãos do Ministério Público Federal e Ministério Público dos Estados não é recente, foi objeto de análise em várias oportunidades e ensejou orientação jurisprudencial das mais variadas.

Ainda nos idos de 2002, por ocasião do julgamento da Petição nº 1503/MG, assentou-se o entendimento de que a definição caberia ao Superior Tribunal de Justiça, por aplicação do artigo 105, inc. I, alínea “d”, da Constituição Federal, por restar configurado virtual conflito de jurisdição entre as unidades jurisdicionais a quem se dirigiriam os órgãos do Ministério Público em conflito.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, para quem a questão havia sido encaminhada, findou por não conhecer da questão, por entender que não havia previsão legal para o exercício desta atividade jurisdicional, já que o artigo constitucional referido trata expressamente de “conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’,

bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”, do qual é exemplo o Conflito de Atribuição nº 154/PB.

Restou então ao Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Civil Originária nº 1109/SP, revisitar a questão, para entender que o presente conflito de atribuição constitui-se em ruptura de risco federativo, com consequente aplicação do art. 102, inc. I, alínea “f” da Constituição Federal, a ensejar sua própria competência para análise da questão.

Por ocasião do julgamento da ação em destaque prevaleceu novo entendimento. Afastou-se a hipótese de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, para se firmar interpretação restritiva ao art. 102, inc. I, alínea “f”, da Constituição da República, de forma a se entender que o conflito federativo apenas se evidencia quando houver necessidade de “velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmônico das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira” (Ministro Celso de Melo, na ACO 1431/MA). E, na impossibilidade de indicar a quem caberia o julgamento da questão trazida, inovou ao entendê-la de atribuição do Procurador-Geral da República, que identifica como “órgão central da instituição ... e, portanto, como órgão nacional do Parquet” (Ministro Dias Toffoli, na ACO 924/PR).

2 – FUNDAMENTAÇÃO:

A busca por suprir a lacuna legislativa para definição dos conflitos de atribuição entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados, que é manifesto e não recente, não deveria permitir interpretação que, a pretexto da aplicação do princípio da unidade do Ministério Público brasileiro, assim previsto no art. 127, § 1º, da Constituição da República, estabeleça a existência de um órgão “Ministério Público nacional” e identifique o chefe do Ministério Público da União como chefe desta novel instituição, não prevista na Magna Carta.

A leitura do art. 128 da Constituição Federal deixa patente a existência apenas de dois Ministérios Públicos: a) o inciso I trata do Ministério Público da União, que compreende, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que tem por chefe o Procurador-Geral da República; b) o inciso II trata dos Ministérios Públicos dos Estados, que tem por chefe seu Procurador-Geral. A existência do órgão “Ministério Público Nacional” e de seu órgão de cúpula, importaria portanto em outra dicção legal que a especificasse, tal qual ocorre em relação ao Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados.

Unidade do Ministério Público não é sinônimo de Ministério Público Nacional. Assim ensina Hugo Nigro Mazzilli, em “Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro”, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>, acesso em 10:18, nos seguintes termos:

“Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei. Entretanto, se podemos admitir a unidade abstrata de ofício do Ministério Público, não existe unidade de seus ramos nem indivisibilidade efetiva de funções. Unidade funcional alguma existe entre Ministérios Públicos de Estados diferentes e os da União, nem entre esses e os Ministérios Públicos junto aos tribunais de contas; indivisibilidade alguma existe entre funções tão díspares cometidas a uns e outros.

(...)

A unidade do Ministério Público enquanto instituição existe. Podemos dizer que o Ministério Público é uma organização nacional destinada a um fim social, e isso vale para todos os seus ramos. Esse fim é o zelo dos interesses sociais, todos, e dos interesses individuais, quando indisponíveis — é o que faz quando combate o crime e a improbidade administrativa, ou quando defende o meio ambiente e os incapazes. Igualmente, quando o Código de Processo Penal diz que o Ministério Público oferecerá a denúncia, isso vale para o Ministério Público Federal, para o do Estado do Amazonas ou o do Rio Grande do Sul: há unidade do ofício. Entretanto, sob o ponto de vista administrativo ou funcional, unidade alguma existe entre ramos diversos do Ministério Público brasileiro”.

É que a unidade e a indivisibilidade previstas no art. 127, § 1º, da Magna Carta não de ser cotejadas com o terceiro princípio ali previsto, que é o da independência funcional. Os dois primeiros foram assimilados da doutrina local, influenciada pela doutrina francesa, que entende o Ministério Público francês como uno, indivisível e hierarquizado. Mas a França pode ter seu Ministério Público sob tal feição, porque se constitui num estado unitário, e não federado, como é o caso do Brasil.

Na lição de Sahid Maluf, em Teoria Geral do Estado, Saraiva editora, 1991, pág. 165, o Estado unitário, tal qual o francês, é “aquele que apresenta uma organização política singular, com um governo único de plena jurisdição nacional, sem divisões internas que não sejam simplesmente de ordem administrativa”, enquanto o Estado federado, tal qual o Brasil, é “aquele que se divide em províncias autônomas, possuindo duas formas paralelas de direito público, uma nacional e outra provincial”, de sorte que, num mesmo território e sobre as mesmas pessoas, coexistem as forças de dois governos distintos, que atuam harmônica e simultaneamente: o federal e o estadual.

Das características essenciais do Estado federado, para os fins a que se dispõe este artigo, destaca-se a distribuição de poder de governo entre os dois planos, de sorte que à União Federal cabe exercer todos os poderes que lhe foram conferidos na Constituição da República, no interesse comum das unidades federadas, enquanto ao Estado-Membro cabe exercer todos os poderes que não foram expressa e implicitamente reservados ao primeiro, e que não foram vedados pela mesma Constituição.

Consequência desta repartição de poder de governo em dois planos, União Federal e Estados-Membros, foi a necessidade de que cada um deles possuísse seu próprio Ministério Público, tal como previsto no art. 128 da Magna Carta.

Daí porque a Constituição Federal de 1988, inspirada pelo modelo federativo da nação brasileira, expressamente vetou a existência de um Ministério Público hierarquizado, quando não só o omitiu como princípio informador da instituição, modelo inclusive proposto durante os trabalhos da Constituinte, como promoveu sua substituição pelo princípio da independência funcional. E este princípio deve ser entendido não só em relação aos membros da instituição, mas também em relação às próprias unidades, de forma a se concluir pela inexistência, no modelo do Ministério Público brasileiro, de um órgão unitário denominado Ministério Público Nacional.

É o regime federativo da República brasileira que impõe contornos específicos ao nosso Ministério Público, de forma a mitigar os princípios da unidade e indissolubilidade que o informam, conforme assevera Hugo Nigro Mazzilli, em Ministério Público: instituição e processo, Atlas editora, 1997, pág. 109:

“Devemos entender restritivamente os princípios da unidade e indivisibilidade em face das peculiaridades do Ministério Público brasileiro. Tomado em sentido abstrato, o ofício de Ministério Público pode ser considerado uno; contudo, isso não impede que haja vários Ministérios Públicos (Constituição da República, art. 128). Assim é possível admitir a unidade abstrata do ofício: quando a lei diz que o Ministério Público exercerá a ação penal pública, refere-se tanto ao Federal como o dos Estados, tanto ao de um Estado como ao de outro. Contudo, tendo em vista o regime federativo, unidade de órgãos não existe (temos vários Ministérios Públicos)”.

Constitui-se em manifesto esforço interpretativo buscar a existência do Ministério Público Nacional nos artigos 36, inc. III, 103, inc. VI, 103B, inc. XI e 130A, inc. I da Constituição Federal.

A atribuição prevista ao Procurador-Geral da República para representar pela intervenção federal (art. 36, inc. III, da Magna Carta) e para propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, inc. VI, da Carta Republicana) no Supremo Tribunal Federal não decorrem da “qualidade de órgão central da instituição”, mas pelo simples fato de lhe caber exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete o julgamento dos pedidos, nos termos do art. 46 da Lei Complementar nº 75/83, inclusive em todos os processos de sua competência da Corte Superior.

De igual forma, a atribuição concedida ao Procurador-Geral da República, seja em presidir o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130A, inc. I, da Magna Carta), seja em escolher um membro do Ministério Público estadual para compor o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 103B, inc. XI, da Carta Republicana), autoriza, por si só, outra discussão sobre a quebra do princípio federativo.

Neste ponto, observe-se que, de forma diversa e atenta ao princípio federativo que informa a República brasileira, os três membros do Ministério Público dos Estados que compõem o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130A da Constituição Federal), na forma do seu § 1º e da Lei nº 11.372/06, que a regulamenta, expressamente prevê em seu art. 2º, parágrafo único, que “os Procuradores-gerais de Justiça dos Estados, em reunião conjunta especialmente convocada e realizada para esse fim, formarão lista com os 3 (três) nomes indicados para as vagas destinadas a membros do Ministério Público dos Estados, a ser submetida à aprovação do Senado Federal”.

De igual forma, mostra-se inadequada a correlação estabelecida entre a ente federativo “União” e o “Ministério Público da União”, de forma a entendê-los, ao mesmo tempo, como órgãos de características nacionais e federais.

De fato, a União ora atua como ente federativo, na defesa dos interesses federais, ora representa a própria República Federativa do Brasil, em nome de interesses nacionais. Mas assim ocorre porque, nos termos do art. 1º da Constituição da República, a União Federal resulta da “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, enquanto que o Ministério Público, nos termos do art. 128 da Constituição Federal, “abrange” o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos

dos Estados. A União Federal possui portanto característica nacional porque assim foi constituída, ao contrário do que ocorre com o Ministério Público. Neste sentido, Emerson Garcia, em “A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática”, disponível em <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/769-a-unidade-do-ministeriopublico-essencia-limites-e-relevancia-pragmatica.html>, informa:

“A peculiaridade é que enquanto a União possui real existência, o denominado Ministério Público, concebido de modo dissociado de seus ramos, é uma instituição empírica, que sequer alcança a realidade. Se o Ministério Público não existe, qual é a *ratio essendi* da sistemática constitucional? A resposta é simples: o objetivo é o de estabelecer uma identidade comum entre os distintos ramos que materializam o Ministério Público, todos imbuídos da mesma teleologia, a de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CR/1988, art. 127, caput)”.

Observe-se que a substituição do princípio da hierarquia, próprio do Estado centralizado francês, pelo princípio da interdependência funcional, assumido como formador do Ministério Público brasileiro, afasta o entendimento da existência de um órgão nacional do Ministério Público, que teria como chefe o Procurador-Geral da República, na medida em que impede se conceda a este último a palavra final sobre o exercício da própria atividade finalística do Ministério Público.

É que, no exercício de sua atividade finalística, como já assentado na doutrina, o órgão do Ministério Público é independente para o exercício de seu *munus*, não estando sujeito às ordens de quem quer seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.

E, neste sentido, a solução para o conflito de atribuições ora estabelecido entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados há que se efetivar mediante restrita aplicação da Constituição Federal e das leis, à luz do princípio federativo.

Na nossa conformação federativa, como de igual forma ocorre com os demais Estados Federados, a repartição das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais se dá, em regra, mediante indicação do âmbito competencial da União, permanecendo com os Estados a matéria residual. Neste sentido, a lição de Sahid Maluf, em Teoria Geral do Estado, 21ª ed., Saraiva editora, pág. 167, do seguinte teor:

“São características fundamentais do sistema federativo, segundo o modelo norte-americano:

- a) Distribuição do poder de governo em dois planos harmônicos: federal e provincial (ou central e local). O governo federal exerce todos os poderes que expressamente lhe foram reservados na Constituição Federal, poderes estes que dizem respeito às relações internacionais da união ou aos interesses comuns das unidades federadas. Os Estados-Membros exercem todos os poderes que não lhe foram expressa ou implicitamente reservados à União, e que lhes não foram vedados na Constituição Federal”.

O regime de repartição de competências da República brasileira segue esta mesma diretriz. No âmbito legislativo, a competência da União Federal está prevista no artigo 22, e a dos Municípios está no art. 30, ambos da Constituição Federal. No âmbito administrativo, a competência da União Federal está elencada no art. 21, e a do Município está elencada no art. 30 da Carta da República. Já ao Estado-Membro, em decorrência da origem da soberania popular se efetivar nos Estados, se reserva a estes últimos as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, o que se pode constatar pelo disposto no artigo 25, § 1º, da Magna Carta. Adota-se assim a técnica originada na Constituição dos Estados Unidos da América e presente em todas as Constituições Republicanas brasileiras anteriores.

No âmbito judicial, ocorre a mesma dinâmica. A competência da Justiça Federal está prevista no art. 109 da Constituição Federal, cabendo à Justiça Estadual a competência residual. Daí porque, compete exclusivamente àquele decidir a respeito da existência ou não de interesse federal em determinada causa, decisão essa que não fica sujeita a controle, nem mesmo por via de instauração de conflito de competência, por parte da Justiça Estadual. Nesse sentido é a Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor:

“Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

Este mesmo entendimento, amparo no princípio federativo do Estado brasileiro, deve orientar as relações entre Ministério Público da União e dos Estados: embora não haja, entre eles, uma relação de natureza hierárquica, o juízo sobre as atribuições do Ministério Público da União é desse órgão, para garantir a atribuição restrita que lhe compete, em razão da Constituição Federal.

Daí porque, caso o Ministério Público da União afirme de sua competência para investigar determinado fato, está autorizado a adotar as providências daí decorrentes. Por outro lado, caso entenda não haver interesse federal a justificar a sua intervenção, cabe ao Ministério Público da União ou promover seu arquivamento ou encaminhar o processo ao Ministério Público Estadual, justamente por lhe caber, em razão da Constituição Federal, a atribuição residual. Na hipótese do Ministério Público do Estado entender que não há razão ou fundamento para investigar ilícito no âmbito de suas atribuições, restará também promover o arquivamento.

A revisão sobre a eventual atribuição do Ministério Público Federal, no primeiro caso, e do Ministério Público Estadual, no segundo caso, há que se efetivar pelos próprios órgãos internos, no caso, as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/93) e o Conselho Superior do Ministério Público (art. 30 da Lei Federal nº 8.625/93), em respeito a autonomia das respectivas instituições, tal como atualmente orienta o Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos do art. 9ºA, da Resolução nº 23, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 126, justamente para evitar a excessiva remessa ao Supremo Tribunal Federal de situações que poderiam ser melhor avaliadas internamente.

Ressalte-se por fim que, ante o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, a palavra final sobre decisões controvertidas em casos que tais sempre caberá ao Supremo Tribunal Federal, tal como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski, quando do seu voto na Ação Civil Originária 924/PR.

III – CONCLUSÃO OBJETIVA (SÍNTESE DOGMÁTICA):

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelo modelo federativo da nação brasileira, ao substituir a hierarquia – próprio do Ministério Público da França, Estado unitário – pelo da independência funcional como princípio informador da instituição, expressamente vetou a existência de um órgão unitário denominado Ministério Público Nacional, com consequente “nomeação” do Procurador-Geral da República como seu “chefe”. Neste sentido, o princípio da unidade institucional, previsto seu no art. 127, § 1º, da Constituição Federal/1988, deve ser mitigado, para entendê-la como instituição uma apenas no entendimento da finalidade constitucional de sua atuação.

O regime federativo da República brasileira é que garante às unidades do Ministério Público brasileiro, previstas nos incisos I e II do seu artigo 128, definirem de *per si* o suposto conflito de atribuições existentes entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, autorizando afirmar caber ao órgão do Ministério Público Federal o juízo sobre as suas atribuições expressamente previstas na Carta da República (atribuição restrita), cabendo ao órgão do Ministério Público Estadual o que assim não for entendido (atribuição residual), decisão esta a ser reanalisada pelos seus respectivos órgãos internos de revisão, sem prejuízo da análise pelo Poder Judiciário, ante a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

IV – REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro”, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Acesso em 14/05/2017

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, Saraiva editora, 1991;

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Carvalho. Ministério Público: instituição e processo, Atlas editora, 1997;

GARCIA, Émerson. A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática”. Disponível em <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/769-a-unidade-do-ministeriopublico-essencia-limites-e-relevancia-pragmatica.html>. Acesso em 16/05/2017;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, Atlas editora, 2002.

*PERDA DO CARGO DE MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA
DA PRÁTICA DE CRIME E DE ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA¹*

CLÁUDIO SMIRNE DINIZ²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para a Assessoria de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

Três entendimentos, relacionados à perda do cargo de membro do Ministério Público, despertam a preocupação que motiva o presente ensaio.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de ajuizamento da ação de perda do cargo, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prolatada em ação penal para a apuração dos mesmos fatos. Com esse entendimento, o Conselho Nacional do Ministério Público proferiu decisão no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se ajuizar ação civil de perda do cargo de membro do Ministério Público (CNMP. Procedimento de Controle Administrativo n. 1.00266/2016-11. Rel. Cons. Fábio George Cruz da Nóbrega. J. 13.09.2016).

Nesse mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia, ao apreciar pedido de liminar (STF. MS 30.338-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 25.03.2014), consignou bastar ao Colégio de Procuradores de Justiça, para a decisão quanto ao ajuizamento da ação de perda do cargo, a conclusão da fase instrutória da ação penal, a partir do que poderia haurir os elementos necessários à sua decisão:

7. Depreende-se dos fundamentos postos no ato questionado que o condicionamento determinado para o exame da autorização necessária ao ajuizamento da ação civil de perda do cargo (trânsito em julgado das ações penais) mostra-se destituído de razões suficientes, pelo menos neste exame prefacial, para o que se propõe (suprir aquele exame com elementos aptos a formação do convencimento do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça).

[...]

8. Tem-se, portanto, que, além de a matéria já ter sido objeto de apreciação por órgão disciplinar do Ministério Público fluminense (devendo-se presumir, assim, pela existência de elementos suficientes para a realização do juízo administrativo exigido, seja ele negativo ou positivo), bastaria a conclusão da fase instrutória na esfera penal para a obtenção dos elementos necessários à atuação do Colégio de Procuradores.

O segundo entendimento consiste na possibilidade de perda do cargo, como sanção aplicada diretamente, por meio de sentença condenatória, proferida em ação de improbidade administrativa ou ação penal, dispensando-se o ajuizamento da ação civil específica, de atribuição do Procurador-Geral.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de que o Promotor de Justiça possa perder o cargo por condenação apenas em ação por ato de improbidade administrativa, dispensando-se o ajuizamento de ação civil própria, já que, em tal hipótese, a determinação para a perda do cargo decorre da própria Constituição (STJ. REsp. 1.191.613/MG. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. 19.05.2015).

O terceiro e último entendimento assegura a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para determinar, em sede de procedimento administrativo disciplinar, o ajuizamento, pelo Procurador-Geral, da ação civil de perda do cargo. Exemplifica-se a prevalência desse entendimento nos seguintes casos já julgados: 1. PCA nº 137/2017-40. Rel. Conselheiro Esdras Dantas. J. 23.05.2017; 2. PCA nº 1.00998/2016-44. Rel. Conselheiro Walter de Agra. J. 25.04.2017.

Não obstante os relevantes fundamentos que embasaram os três entendimentos acima referidos, sustenta-se posicionamento diverso, conforme se passa a expor.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O procedimento de perda do cargo do membro do Ministério Público

Há duas fases relativas à perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público: i) a primeira, de natureza administrativa, envolve o procedimento administrativo disciplinar e a deliberação do colegiado para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo; e, ii) a segunda, que se consubstancia no exercício de atividade-fim, diz respeito à propositura da ação judicial³ pelo Procurador-Geral, perante o respectivo Tribunal.

³ Observe-se que as leis orgânicas fazem previsão à ação de perda do cargo, porém não estabelecem o rito procedimental, aplicando-se, portanto, o procedimento comum, previsto nos arts. 319 e ss. do NCPC, nos termos do art. 318 do mesmo Código: “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”.

No Ministério Público da União, compete ao Conselho Superior, por maioria absoluta de seus membros, autorizar o Procurador-Geral da República a ajuizar a ação de perda do cargo (LC 75/93, art. 57, XX). No Ministério Público dos Estados, compete ao Colégio de Procuradores, deliberar, por iniciativa de um quarto de seus integrantes ou do Procurador-Geral de Justiça, que este ajuíze ação cível de decretação de perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público.

A autorização para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo constitui-se em procedimento voltado à proteção da vitaliciedade do membro do Ministério Público, evitando-se sua fragilização, na medida em que se propõe a impedir que eventuais posturas, por parte do Procurador-Geral, na hipótese de se distanciarem de suas finalidades públicas, possam atentar contra a mencionada garantia.

A ação civil de perda de cargo ocupado por membro vitalício do Ministério Público da União tem previsão no art. 208 da Lei Complementar 75/1993:

Art. 208. Os membros do Ministério Público da União, após dois anos de efetivo exercício, só poderão ser demitidos por decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. A propositura de ação para perda de cargo, quando decorrente de proposta do Conselho Superior depois de apreciado o processo administrativo, acarretará o afastamento do membro do Ministério Público da União do exercício de suas funções, com a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias do respectivo cargo.

No Ministério Público da União as hipóteses de perda do cargo são elencadas no inc. V do art. 240 da Lei Complementar 75/1993:

Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

[...]

V - as de demissão, nos casos de:

- a) lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda;
- b) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal;
- c) condenação por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a dois anos;
- d) incontinência pública e escandalosa que comprometa gravemente, por sua habitualidade, a dignidade da Instituição;
- e) abandono de cargo;
- f) revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça;
- g) aceitação ilegal de cargo ou função pública;
- h) reincidência no descumprimento do dever legal, anteriormente punido com a suspensão prevista no inciso anterior;

No âmbito do Ministério Público dos Estados, a perda do cargo está prevista nos §§ 1º e 2º da Lei 8.625/1993:

Art. 38. Os membros do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e têm as seguintes garantias:

[...]

§ 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

- I - prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;
- II - exercício da advocacia;
- III - abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.

Em decorrência do princípio da especialidade, o membro do Ministério Público somente perde o cargo por ação civil própria, ajuizada pelo respectivo Procurador-Geral, nos termos das Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados (STJ. Resp 1.251.621/AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014).

2.2. Perda do cargo em decorrência da prática de crime

A ação penal, por si só, não pode resultar na perda do cargo de membro do Ministério Público, em razão da garantia da vitaliciedade, a qual somente pode ser flexibilizada em função de ação civil proposta para este fim.

A análise quanto à perda do cargo de membro do Ministério Público, quando da prática de crime, não se dará pela análise do *quantum* da pena aplicada, como sucede com os agentes públicos em geral (CP, art. 91), mas em razão de o crime praticado mostrar-se ou não incompatível com o exercício do cargo. Tal verificação é feita pelo Colegiado, ao qual incumbe autorizar o Procurador-Geral a ajuizar a ação civil para a perda do cargo.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. PENA DE PERDA DO CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 8.625/93. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

1. Em relação ao art. 92 do Código Penal, o art. 38 da Lei n. 8.625/1993 é norma especial, razão pela qual deve esta última prevalecer, por trazer forma particular da perda do cargo de membro do Ministério Público.

2. A teor do art. 38, § 1.º, inciso I, e § 2.º da Lei n.º 8.625/93, a perda do cargo de membro do Ministério Público somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de ação civil proposta para esse fim. E, ainda, essa ação somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, quando previamente autorizado pelo Colégio de Procuradores, o que constitui condição de procedibilidade, juntamente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (REsp n. 1251621/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 12/11/2014).

3. Para que possa ocorrer a perda do cargo do membro do Ministério Público, são necessárias duas decisões. A primeira, condenando-o pela prática do crime e a segunda, em ação promovida pelo Procurador-Geral de Justiça, reconhecendo que o referido crime é incompatível com o exercício de suas funções, ou seja, deve existir condenação criminal transitada em julgado, para que possa ser promovida a ação civil para a decretação da perda do cargo (art. 38, §2º, da Lei n. 8.625/1993).

4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp. nº 1.409.692-SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 23.05.2017)

Assim já havia reconhecido, de fato, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.251.621-AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014:

[...]

6. A teor do art. 38, § 1.º, inciso I, e § 2.º da Lei n.º 8.625/93, a perda do cargo de membro do Ministério Público somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de ação civil proposta para esse fim. E, ainda, essa ação somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, quando previamente autorizado pelo Colégio de Procuradores, o que constitui condição de procedibilidade, juntamente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

7. Em se tratando de normas legais de mesma hierarquia, o fato de a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prever regras específicas e diferenciadas das do Código Penal para a perda de cargo, em atenção ao princípio da especialidade - *lex specialis derogat generali* -, deve prevalecer o que dispõe a referida lei orgânica.

8. Recurso especial parcialmente provido, tão somente para afastar a determinação de perda de cargo exarada no acórdão recorrido.

No mesmo sentido: STJ. REsp. 1.428.833/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 13.09.2016.

A lei dispõe que a perda do cargo, em razão da prática de crime, pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória. Entretanto, poder-se-ia aventar a possibilidade de ajuizamento da ação civil de perda do cargo, na pendência da ação penal, condicionando-se apenas seu julgamento ao prévio trânsito em julgado da sentença penal.

Entretanto, não se vislumbra motivos para assim se proceder. A ação civil de perda do cargo constitui-se em medida extrema, devendo, por ser mais recomendável, aguardar o posicionamento judicial definitivo, no crime, para a propositura da ação civil, pois, por evidente, se o fundamento da ação civil de perda do cargo for a prática de crime e, na respectiva ação penal, for proferida sentença absolutória, tem-se situação que obsta o ajuizamento da ação civil, independentemente do fundamento utilizado para a absolvição.

Pondera-se, ainda, na mesma linha de argumentação, que a declaração de extinção da punibilidade não deve produzir efeitos jurídicos em desfavor do réu e, portanto, em tal hipótese, resta inviabilizada a ação civil de perda do cargo ou de cassação da aposentadoria⁴. Observa-se que, caso sobrevenha a prescrição, não há, nem mesmo, interesse recursal do réu (STJ. REsp. 1.315.619-RJ. Rel. Min. Gurgel de Faria. J. 17.11.2015). Desta forma, negar ao réu o direito de recorrer e, ainda assim, extrair efeitos da decisão de extinção da punibilidade, afrontaria o devido processo legal.

Por outro lado, não há previsão de incidência da prescrição para o ajuizamento da ação civil, razão pela qual se mostra de todo razoável que se aguarde a solução definitiva da questão criminal.

Por fim, considere-se que a ação civil de perda do cargo deve, naturalmente, ser célere, pois a instrução poderá se dar mediante o compartilhamento das provas produzidas na ação penal, consoante expressa previsão do art. 372 do Novo Código de Processo Civil: “*O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”. Assim, por mais esta razão, não haveria prejuízo em se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a propositura da ação civil.

2.3. Perda do cargo pela prática de ato de improbidade administrativa

Dentre as sanções previstas ao autor do ato de improbidade administrativa encontra-se a perda do cargo, sem que haja qualquer restrição em relação à sua aplicação aos membros do Ministério Público.

Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 37 da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Também prevê a perda do cargo o art. 12 da Lei 8.429, de 02.06.1992.

Todavia, os membros do Ministério Público vitalícios somente perdem o cargo mediante ação própria, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelo Procurador-Geral da República.

Assim, embora a improbidade seja fundamento para o pedido de perda do cargo, esta não se opera na própria ação de improbidade administrativa, proposta em primeiro grau de jurisdição, mas, a partir dela, mediante ação específica, proposta pelo respectivo Procurador-Geral, perante o Tribunal. Trata-se da harmonização entre a Lei Orgânica do Ministério Público e a Lei de Improbidade Administrativa, considerando, sempre, o caráter especial da primeira (“*Lex specialis derogat generalis*”).

Pondera-se que posição diversa representaria enorme vulnerabilidade à garantia da vitaliciedade, mesmo porque a ação de improbidade administrativa não é de legitimidade exclusiva do Ministério Público e, nessa medida, pode ser proposta pela própria Administração Pública, em relação à qual, não raras vezes, o membro do Ministério Público experimenta desgastes decorrentes do exercício de suas funções. Pensar que essa mesma Administração Pública possa postular pela perda do cargo, seria admitir inegável fragilização da independência do Ministério Público.

2.4. Independência funcional do Procurador-Geral

É defeso ao Conselho Nacional do Ministério Público determinar o ajuizamento da ação civil de perda do cargo, pois assegura-se ao Procurador-Geral, sem ressalvas, a independência funcional, uma vez que, em situações tais, age o Chefe da Instituição no exercício das funções de execução a ele confiadas, nos termos da lei, hipótese que obsta a atuação direta do Conselho Nacional, exatamente conforme previsão do Enunciado nº 06 do próprio CNMP: “Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público”.

⁴ Não se desconhece entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao qual se discorda pelas razões acima declinadas: “A condição disposta no art. 38, § 1º, I, da Lei 8.625/93 impõe que o recorrente haja praticado um crime e não que ele haja sido punido por este crime. Consequências diversas estas que, no presente caso, levam a compreender que o recorrente de fato praticou um crime e, portanto, nenhum óbice há que a demissão deste fosse levada a cabo” (STJ. REsp. 1.535.222-MA. Rel. Og Fernandes. J. 28.03.2017).

3 – CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo posicionamento no sentido de que: i) a propositura da ação civil de perda de cargo de membro do Ministério Público, em razão da prática de crime, exige o prévio trânsito em julgado da sentença penal condenatória, constituindo-se, portanto, em condição de procedibilidade daquela ação; ii) a perda do cargo de membro do Ministério Público, em razão da prática de ato de improbidade administrativa, opera-se apenas por sentença judicial, com trânsito em julgado, prolatada em processo decorrente de ação específica, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelo Procurador-Geral da República, perante o respectivo Tribunal; e, iii) é defeso ao Conselho Nacional do Ministério Público determinar o ajuizamento da ação civil de perda do cargo, pois assegura-se ao Procurador-Geral, sem ressalvas, a independência funcional.

4 – REFERÊNCIAS

- CNMP. Procedimento de Controle Administrativo nº 137/2017-40. Rel. Conselheiro Esdras Dantas. J. 23.05.2017.
- CNMP. Procedimento de Controle Administrativo nº 1.00998/2016-44. Rel. Conselheiro Walter de Agra. J. 25.04.2017.
- CNMP. Procedimento de Controle Administrativo n. 1.00266/2016-11. Rel. Cons. Fábio George Cruz da Nóbrega. J. 13.09.2016.
- STF. MS 30.338-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 25.03.2014.
- STJ. Resp. 1.251.621/AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014.
- STJ. Resp. 1.191.613/MG. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. 19.05.2015.
- STJ. AgRg no Resp. 1.409.692-SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 23.05.2017.
- STJ. Resp. 1.428.833/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 13.09.2016.
- STJ. Resp. 1.535.222-MA. Rel. Og Fernandes. J. 28.03.2017.
- STJ. Resp. 1.315.619-RJ. Rel. Min. Gurgel de Faria. J. 17.11.2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO E EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA¹

FRANCISCO RAULINO NETO[1]*

EMENTA:

DIREITO À INFORMAÇÃO. LIBERDADES EXPRESSIVAS. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO À INFORMAÇÃO. EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA. ACOMPANHAMENTO DAS NOTÍCIAS REFERENTES À INSTITUIÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO.

SUMÁRIO:

1. Justificativa. 2. Introdução. 3. A relevância da mídia e do Ministério Público para a manutenção da Democracia. 4. Formas de utilização da mídia. 4.1. A Utilização da mídia pelo Ministério Público. 4.2.. A utilização da mídia contra o Ministério Público. 5. Papel do Ministério Público para a reformulação na forma de fazer notícia. 6. Conclusão. Bibliografia.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça – Piauí

1. JUSTIFICATIVA

O presente trabalho surgiu da necessidade de verificação dos motivos que levam a mídia, através de profissionais da comunicação social ou de outras áreas, a influenciar na conduta de raciocinar e agir da sociedade em geral e do Ministério Público, em particular, ao ponto de formar estereótipos seja pela perversa manipulação social, através de notícias massificadoras, seja através de cobranças e pressões, para que se forme uma modificação social do pensamento, ou, para se modificar o *modus operandi* de membros do Ministério Público preocupados com o seu relevante papel constitucional.

2. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo a demonstração da importância que têm a mídia e o Ministério Público na garantia de existência da democracia ou do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, lançamos mão das formas de uso dessa mídia, inclusive pelo Ministério Público ou contra ele.

Verificamos com frequência que, paradoxal que pareça, a mídia tem sido manipulada ou manipuladora, fazendo crer que o seu papel é o de formadora de opinião, quando na realidade é de sua responsabilidade a produção de notícias e a transmissão de informações verdadeiras.

3. A RELEVÂNCIA DA MÍDIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA

É opinião unânime no Brasil a força que a mídia detém, quando o assunto é influenciar as pessoas na maneira de pensar. Entendemos mídia como o conjunto dos diversos meios de comunicação, objetivando a transmissão de informações e conteúdos variados, sejam através da televisão, do rádio, dos jornais, das revistas, da internet ou de quaisquer outros meios existentes.

O assunto é tão relevante que a Constituição Federal de 1988, ao tratar da liberdade de expressão, previu que todos têm direito à informação, resguardado o sigilo da fonte (art. 5º, inciso XIV) e à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV).

Sérgio Ferraz, reportando-se à liberdade de expressão, num sentido amplo, destacou que:

“Pode ser compreendida como um extenso conjunto de *liberdades expressivas* cujo conteúdo não é e não pode ser previamente exaurido ou mesmo determinado de forma precisa, o que leva alguns autores (como Ronald Dworkin ou Robert Alexy) a alça-la ao patamar de princípio. Diretamente relacionadas às liberdades expressivas estão a liberdade de manifestação do pensamento; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; a liberdade de comunicação; a liberdade de imprensa; a liberdade de receber informações de interesse público; a liberdade de opinião; a liberdade de reunião; a liberdade de discussão; a liberdade de crença religiosa e de consciência política ou filosófica (e seus correlatos direitos de culto, de proselitismo e de veiculação das ideias; a liberdade de mídia, de divulgação e de radiodifusão, num rol meramente exemplificativo.

O conjunto de liberdades expressivas forma um arcabouço que só adquire sentido quando conectado aos demais direitos e liberdades fundamentais, em sua interdependência, de modo que a compreensão de suas nuances só se revela possível quando a liberdade de expressão é pensada (e vivenciada) em consonância com os direitos inerentes à democracia substantiva, ao pluralismo e à igualdade, assim como aos demais direitos fundamentais, inclusive com as contradições e conflitos que estes pressupõem”[2].

É importante saber, para efeito de delimitação do tema, quais as formas de atuação da mídia e os seus limites. Isto porque vivemos numa democracia em formação, defendida, por força de seu perfil constitucional, pelo Ministério Público.

A mídia, ainda quando esteve sob intensa censura, sempre prestou relevante serviço à sociedade. Ultimamente, alavancada pela propagação dos meios de comunicação, teve o seu poder ampliado, diante de uma atuação consistente, sem que seja ilimitada.

Os excessos, como se sabe, são punidos através da responsabilização civil e/ou penal dos diretores de meios de comunicação social ou dos responsáveis pela notícia veiculada.

Essa mídia, quando bem utilizada, colocada verdadeiramente a favor da sociedade, contribui para reflexões que podem levar a mudanças inimagináveis.

Por outro lado, se utilizada de forma incorreta, a serviço de grupos empresariais ou políticos, pode enveredar pelos caminhos da manipulação ou da massificação da informação, lançando mão da superficialidade do conteúdo. A equivocada formação de opinião, através da introjeção de ideias ou pontos de vistas previamente concebidos, distorce o resultado final da formação de uma avaliação.

Antônio Alberto Machado, corroborando com o que dissemos acima, esclarece que a evolução histórica permite observar a vocação democrática do Ministério Público:

“(...) a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário”[3].

4. FORMAS DE UTILIZAÇÃO DA MÍDIA

Existe uma verdadeira simbiose entre o desejo da mídia e a vontade da sociedade ou daqueles que a representam.

Permanentemente, quando certo assunto necessita do apoio social, a sociedade passa a ser massificada, objetivando que determinado ato seja aprovável ou reprovável. A massificação, sob este prisma, transforma-se em instrumento de opressão.

Nesse sentido, tanto a mídia manipula a sociedade como a sociedade, muitas vezes, faz uso da mídia para a consecução do seu intento.

Ao contrário do processo judicial, onde existe o contraditório e a ampla defesa, a notícia veiculada pela mídia, que deveria ser direcionada à boa informação propiciando a elaboração das próprias convicções do destinatário, aparece muitas vezes como verdade inquestionável.

Notícias relacionadas ao mundo jurídico muitas vezes são dissonantes em relação à realidade do fato. Isso porque a verdade nem sempre vende ou dá IBOPE.

Tantas vezes testemunhamos pessoas (vítimas, réus ou operadores do Direito) sofrerem execração pública, por intermédio de uma mídia que denuncia, julga e condena, antes mesmo da formação do devido processo legal.

Isso leva-nos a crer, conforme as considerações de Nicolao Dino Neto, que o princípio da presunção da inocência foi substituído pelo princípio da cognitividade: “o sujeito que aparece nas manchetes de jornais de domingo está condenado. Muitas vezes pela voz de um procurador, pela antecipação de um juízo de valor por um juiz. Devemos repudiar isso”[4].

Alguns podem entender que o direito de resposta ou retificação (Lei nº 13.188, de 11.11.2015) e a interpelação judicial criminal sirvam como delimitadores da ação midiática. Na teoria, realmente, é assim. Na prática, as coisas funcionam de modo diferente.

O direito de resposta encaminhado aos meios de comunicação social, geralmente através de nota de repúdio, muitas vezes sequer chega a ser divulgado e quando o é a divulgação é feita de forma truncada ou dando à resposta menor importância do que aquela dada à ofensa.

No que se refere à interpelação judicial criminal, prevista no art. 144 do Código Penal, o que se procura é aferir a real extensão das declarações do ofensor[5].

Apesar da previsão constitucional de que «a todos são assegurados a razoável duração do processo[6]» e dos esclarecimentos acerca de quem são “todos”, por Rafael de Oliveira[7], se fizermos um cotejo do tempo despendido para o julgamento de um caso que esteja na mídia com outro que não teve “especial atenção midiática”, concluiremos que a diferença na “duração razoável do processo” é perceptível.

4.1. A Utilização da Mídia pelo Ministério Público

A utilização da mídia pelo Ministério Público pode ocorrer de forma significativa em três momentos distintos: antes de sua atuação funcional, durante a sua atuação funcional e depois da realização das funções inerentes ao seu cargo.

A antecipação de seus pensamentos e atos através da mídia, por parte de um membro do Ministério Público, pode conduzir a imensuráveis riscos como aquele que leva ao excesso de informação. Neste momento, o representante do *Parquet* fala mais fora dos autos (ou quando sequer existem autos), e, pior, sobre o que vai fazer.

Manifestar-se a respeito de processo em tramitação também pode se constituir num enorme erro. Nesta fase o comportamento do órgão ministerial deve se revestir de paciência e moderação, principalmente em processos que correm em segredo de justiça ou sob sigilo.

É possível que levado pela vaidade se pretenda notoriedade, contudo existem outras formas de se conseguir notoriedade, sem afobações ou precipitações, como através do estudo e da elaboração de arrazoados forense que o direcionem a uma posição de respeito.

Encerrado o processo, já não há mais motivos para comentários a seu respeito. A satisfação que se deve a sociedade é prestada através de manifestações nos autos. Se existem insatisfeitos, que lancem mão dos recursos previstos em lei.

É inegável que em determinados instantes a sociedade e as instituições públicas são influenciadas pela pressão da mídia.

Que a sociedade sirva de massa de manobra nas mãos da mídia, quando se mostra preponderante para uma questão específica, é até compreensivo, dado o seu baixo grau de entendimento dos fatos, em razão da pouca escolaridade da maioria.

Incompreensivo é o atingimento das instituições públicas por uma mídia indutiva, capaz de gerar investigações inconsistentes, acusações precipitadas ou decisões inusitadas.

Esse é o momento ideal para a utilização da mídia pelo Ministério Público, com o fito de exteriorizar o seu compromisso com a função pedagógica da cidadania.

O exercício da função pedagógica da cidadania – na visão do Promotor de Justiça mineiro, Gregório Assagra de Almeida – está enquadrada no âmbito do rol das matérias *deinteresse social*, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no art. 127, *caput*, da CF/88”[8].

Comumente se confunde a transparência, que deve ser buscada e demonstrada pelo Ministério Público, com exposição ou superexposição midiática.

O que se deve ter em mente, quando a questão está relacionada a transparência, é a correta aplicação dos recursos públicos, a célere resolução das demandas apresentadas, a motivação dos arrazoados forense e a maneira de opinar,

Nesse diapasão, uma coisa é transparência, a outra é exposição ou superexposição midiática.

4.2. A Utilização da Mídia Contra o Ministério Público

Há instantes em que a mídia, através de pressões e cobranças, mais atrapalha que ajuda, posicionando-se frequentemente contra os deveres constitucionais do Ministério Público.

As cobranças nem sempre são feitas ou planejadas por jornalistas, articulistas, repórteres, radialista, apresentadores de televisão ou blogueiros, mas por delegados de polícia, advogados e até por magistrados.

Repetidamente atribuem ao Ministério Público um discurso político ao invés de uma acusação técnica (ou mais político do que técnico), quando os réus são políticos que cometeram crimes se utilizando do cargo que ocupavam ou ocupam.

Censuram as denúncias por não trazerem evidências ou por não trazerem novidades, já que geralmente os fatos narrados e oferecidos a julgamento já foram bastante explorados pela mídia. Reprovam as promoções de arquivamento sob o argumento de que as provas não foram suficientemente apreciadas. Repreendem as necessidades de novas diligências pelo Ministério Público por entenderem procrastinatórias

É típico do povo brasileiro criticar as leis sem ao menos conhece-las. Habitualmente cobram leis mais duras, mais repressão, sentenças mais severas e execução penal sem benefícios, desconhecendo completamente aquilo que já existe. Daí o excesso de leis, para atender situações ou fatos específicos, como a lei dos crimes hediondos, lei Carolina Dieckmann ou lei Maria da Penha, caracterizando-se no que se convencionou denominar de populismo penal.

Agindo assim, geralmente através da mídia, só contribuem para o surgimento de opiniões equivocadas e distorcidas.

A exigência por condenações veladas ou escancaradas, através de bem elaborado aparato punitivo, transmitem ou transferem para as pessoas o medo e a insegurança, numa atitude repulsiva. É a tentativa, muitas vezes bem sucedida, da legitimação do poder punitivo.

Alexandre Moraes da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, preocupados com o tema, escreveram o seguinte:

“Os meios de comunicação de massa se encarregam de introjetar na consciência da população que a criminalidade é o problema mais significativo da sociedade contemporânea, ofuscando, assim, o verdadeiro objetivo da política penal neoliberal que pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva dos países refêns dessa política econômica”[9].

Clara, portanto, a demonstração de que a mídia, por conta própria ou sendo utilizada por alguém, quase sempre antecipa a punição, com expressões como “é muito grande a chance de condenação do denunciado” ou “criminosos contumazes, como o do caso analisado, não podem ficar impunes, têm que cumprir pena o quanto antes”.

5. PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A REFORMULAÇÃO NA FORMA DE FAZER NOTÍCIA

Sabedores do forte poder de convencimento e pressão exercido pela mídia, entendemos que o seu verdadeiro papel é o de elucidar, esclarecer e informar acerca dos fatos.

Não nos interessa fazer da mídia a grande vilã, até porque estamos conscientes da importância do seu papel na sociedade. Entretanto, é imprescindível o alerta para a gravidade de notícias veiculadas sem responsabilidade, que podem ser suficientes para acabar com a vida de todos os envolvidos.

Devemos, enquanto integrantes do Ministério Público, vigiar e mais do que isso exigir parâmetros éticos mais rigorosos para as atividades exercidas por comunicadores sociais de uma forma geral.

A ética desses profissionais, como de resto de todos os profissionais que se presem, deve se pautar não no interesse individual da autopromoção ou no interesse da empresa de comunicação social, porém no interesse da sociedade, merecedora e destinatária de informações eminentemente verdadeiras.

Não se pode sacrificar tudo em prol de um “furo de reportagem”.

Propomos que as notícias veiculadas a respeito do Ministério Público sejam acompanhadas por Assessoria Especializada (Assessoria de Imprensa, feita por comunicador social com formação adequada), não como uma forma de censura ou de controle, mas como conformação de zelo, para evitar que os excessos levem à exposição (ou superexposição) desnecessária e prejudicial ao desenvolvimento evolutivo das atribuições ministeriais.

6. CONCLUSÃO

A par da relevância da mídia e do Ministério Público para a manutenção do regime democrático, analisamos as formas de uso da mídia, tanto pelo Ministério Público quanto contra o Ministério Público, na tentativa de fazer crer que não é atribuição exclusiva do Ministério Público, embora seja também sua obrigação, a exigência de parâmetros éticos mais rigorosos para o trabalho com ou na mídia, de forma a salvaguardar os direitos às liberdades expressivas, ao ponto de garantir que os fatos veiculados através dos meios de comunicação sejam verdadeiros e aptos a informar.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. *In*: Temas atuais do Ministério Público. Organizadores: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. 5. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus *PODIVM*, 2014.

FERRAZ, Sérgio Valadão. Restrições às restrições à liberdade de expressão. *In*: Temas do Ministério Público Federal. Organizador: Edilson Vitorelli. 3. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Editora Jus *PODIVM*, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. Ministério público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O reexame necessário à luz da duração razoável do processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

-
- [1] Promotor de Justiça da 37ª Promotoria de Justiça (Teresina), com atuação perante a 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Teresina – Estado do Piauí. Membro Colaborador da Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público, perante o CNMP.
- [2] FERRAZ, Sérgio Valadão. Restrições às restrições à liberdade de expressão. Temas do Ministério Público Federal. 3. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Editora *Jus PODIVM*, 2015, p. 123.
- [3] Ministério Público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.
- [4] Participação do Procurador da República Nicolao Dino Neto no Seminário “A Democracia Digital e o Poder Judiciário” – organizado pelo Jornal GGN em Brasília, no dia 27 de novembro de 2013.
- [5] «Art. 144. Se, de referência, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa».
- [6] «Art. 5º, inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação».
- [7] OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O reexame necessário à luz da duração razoável do processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Curitiba: Juruá, 2011, p. 89. Diz o autor de forma resumida: “Por último, assevera-se que todos terão direito à razoabilidade da duração do processo, independentemente da posição que ocupem. Autor e réu, oponente e oposto, assistente e assistido, exequente e executado, recorrente e recorrido, embargante e embargado, todos têm direito à tutela jurisdicional tempestiva”.
- [8] Artigo titulado “O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, *In*. Temas atuais do Ministério Público. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. 5. ed. rev., ampl. atual. – Salvador: Editora *Jus PODIVM*, 2014, p. 74.
- [9] Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008, p. 46.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE DE ACESSO À JUSTIÇA: INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA E ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO DOS MECANISMOS DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL E EXTRAJURISDICIONAL DA INSTITUIÇÃO¹

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA*

LENNY LUCIANA NUNES DAHER**

LUDMILA REIS BRITO LOPES***

JUSTIFICATIVA

É muito importante o estudo, a reforma e a concretização do Ministério Público, diante dos seus novos desafios, à luz dos núcleos centrais do Direito no novo constitucionalismo, que possuem força jurídica irradiante em grau máximo e que estão muito bem consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quais sejam: os direitos e as garantias constitucionais fundamentais como conquistas magnas e históricas da sociedade e do cidadão.

É justamente nesse contexto que a presente tese alinha-se ao tema central do *XXII Congresso Nacional do Ministério Público: TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO*, guardando, assim, maior sintonia com o temário “Áreas da Política Institucional e Administrativa”, nos termos do seu art. 38 do Regimento Interno.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE COM ALTERAÇÃO

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com atuação em Belo Horizonte-MG

**Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios com atuação em Brasília-DF

***Procuradora do Ministério Público do Trabalho com atuação em Brasília-DF

CONCLUSÕES OBJETIVAS

1. O Ministério Público é uma garantia constitucional fundamental da sociedade e do indivíduo de acesso à justiça e, por isso, os princípios e as diretrizes interpretativas dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais são parâmetros legítimos e seguros para a compreensão do Ministério Público, da sua natureza jurídica, das suas atribuições e, especialmente no que mais interessa nesta tese, dos seus mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional.

2. À luz dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, principalmente com base na cláusula constitucional aberta prevista no § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o rol dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais que devem ser protegidos e efetivados pelo Ministério Público é meramente exemplificativo.

3. No mesmo diapasão, o rol dos mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público também é meramente exemplificativo.

4. Assim, o Ministério Público poderá utilizar-se, jurisdicionalmente, de todas as ações, provas e medidas judiciais, mesmo que atípicas, desde que necessárias e concretamente adequadas para proteger e/ou efetivar direitos fundamentais. A Instituição poderá, por exemplo, utilizar-se de provas por estatísticas, por amostragem ou valer-se de diagnósticos sociais em suas demandas judiciais e, além disso, todos os tipos de pedidos e medidas judiciais podem ser utilizados pelos membros da Instituição no exercício das suas atribuições constitucionais.

5. No plano extrajurisdicional, o Ministério Público poderá utilizar-se de mecanismos atípicos, mas jurídica e socialmente legítimos, tais como acordos para a pactuação com o poder público sobre a implementação de políticas públicas necessárias e socialmente relevantes; poderá, ainda, utilizar-se de projetos sociais e institucionais, reuniões coletivas, além de ser possível e até recomendável o uso do direito de petição, nos termos do art. 5º, XXXIX, alínea “b”, da CR/1988, podendo se valer também de outros mecanismos legítimos, mesmo que não previstos expressamente na Constituição ou na lei.

6. É inconstitucional lei ou medida que imponha interpretação restritiva ao papel constitucional do Ministério Público, das suas atribuições e dos seus mecanismos de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional quanto à defesa dos direitos fundamentais (arts. 1º, 3º, 5º, XXXV, § 2º, arts. 127 e 129, todos da CR/1988).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Os direitos fundamentais são as mais importantes conquistas da sociedade na democracia contemporânea, e seus conceitos e características são relevantes para a renovação do Direito em suas várias dimensões de atuação. Constituem, na verdade, valores fundantes da Constituição e do Estado em uma democracia.² No plano da positivação constitucional, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais formam um conjunto de princípios irradiantes do sistema jurídico, com força normativa em grau máximo e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/1988).³

A teoria dos direitos fundamentais constitucionais adotada no Brasil, apoiada no modelo de proteção individual e coletiva (Título II, Capítulo I, da CR/1988), é construída com base em princípios como mandamentos de otimização do sistema. Portanto, isso impede interpretações restritivas desses direitos e garantias pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, proibindo, inclusive, retrocesso das conquistas sociais consagradas constitucionalmente. E, além disso, a teoria dos direitos e garantias constitucionais consagrada no País impõe novos conceitos para o Direito em suas mais diversas dimensões de atuação.⁴

A Constituição Brasileira consagrou duas grandes dimensões de direitos e de garantias fundamentais, a individual e a coletiva (Título II, Capítulo I). Tal modelo está amparado em critérios justificadores, tais como a titularidade dos direitos, que poderá ser individual ou coletiva, os mecanismos de acesso à Justiça, que também poderão ser de tutela individual ou coletiva, as situações de lesão e de ameaças a direitos, que poderão, mesma forma, assumir dimensão individual ou coletiva.⁵

2 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. Tradução por Bruno Miragem e notas e revisão da tradução por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

3 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

4 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 183-193

5 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Nesse contexto, e levando-se em orientação a cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais consagrada no art. 5.º, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente na ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade.⁶

Escreveu Konrad Hesse que as circunstâncias referentes à singularidade, à estrutura e à função dos direitos fundamentais garantem não só *direitos subjetivos* dos indivíduos, mas também revelam *princípios objetivos* básicos para o ordenamento jurídico constitucional e para o Estado Democrático de Direito. Essas circunstâncias dos direitos fundamentais revelam, portanto, os fundamentos do Estado Constitucional, por meio dos referidos direitos subjetivos e do respectivo ordenamento jurídico objetivamente considerado. O duplo caráter dos direitos fundamentais, o *subjetivo* e o *objetivo*, demonstra que os diferentes níveis de significação, respectivamente, condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito. Em síntese, os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e de direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental.⁷

É justamente nesse duplo contexto que os direitos e as garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto *dimensão subjetiva*, que se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto *objetiva*, possuindo múltiplas funções e constituindo-se, nesse caso, em parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito e a sua organização, assim como para a organização de procedimentos legítimos para a adequada ambiência democrática.⁸

A *multifuncionalidade* dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, que abrange os aspectos objetivos e subjetivos desses direitos,⁹ permite, por exemplo, a releitura da atuação do Ministério Público. Aqui podem ser destacados no âmbito dessa multifuncionalidade a aplicabilidade imediata, a interpretação ampliativa e a proibição de retrocesso. Além disso, essa multifuncionalidade impõe a adoção de mecanismos que garantam a tempestividade e a duração razoável da tutela jurídica. Em relação ao Ministério Público, ressalta-se que a multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais impõe a adoção de novas técnicas de atuação, principalmente na tutela coletiva, como, por exemplo, a utilização de projetos sociais como mecanismos de atuação da Instituição com o objetivo de contribuir, ao lado da sociedade, para a promoção da transformação positiva da realidade social delineada no art. 3.º da CR/1988.

A título de exemplo, como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se que a ação civil pública, que está no rol das atribuições constitucionais do Ministério Público, possui aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º, da CR/88), não lhe sendo compatível interpretação restritiva. A ação civil pública também está inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (Título II, Capítulo IV, arts. 127, *caput*, e 129, III, da CR/88). Por tudo isso, a ACP também deve receber prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos por ela tuteláveis, e seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (Título II, Capítulo I, da CR/1988), deverá receber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado. E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública e às ações coletivas em geral, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

6 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

7 HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. In.: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Orgs.). **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p. 90. Em outra oportunidade, escreveu HESSE, Konrad: “Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por outro lado, eles são ‘direitos subjetivos’, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, arts. 3.º, 4.º, 5.º, 8.º e 9.º, da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de seu âmbito de vida (Por exemplo, arts. 6.º, alínea 1, 14, alínea 1, e 5.º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são ‘elementos fundamentais para a ordem objetiva’ da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, art. 7.º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5.º, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos”. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 228-9.

8 Nesse sentido, escreve LUÑO, Antonio E. Pérez que o horizonte do constitucionalismo atual dos direitos fundamentais desempenha dupla função: a) no *plano subjetivo*, eles seguem atuando como garantias das liberdades individuais, sendo que a esse papel clássico soma-se agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no *plano objetivo*, eles assumem uma dimensão institucional a partir da qual seus conteúdos devem funcionar visando a consecução dos fins e valores proclamados constitucionalmente. **Los derechos fundamentales**, Madrid: Tecnos, 2004.p. 25.

9 Para uma visão sobre os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade objetiva e subjetiva dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da concretização e das reformas legislativas relacionadas à atuação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Essa incidência deverá ocorrer tanto no modelo do Ministério Público que atua no plano extrajudicial quanto no plano do modelo do Ministério Público com atuação jurisdicional e que necessita ser revisitado à luz da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Levando-se em consideração a nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil (direito coletivo e direito individual, Título II, Capítulo I, da CR/1988)¹⁰e, mais precisamente no que tange à atuação do Ministério Público, essa multifuncionalidade deverá ter incidência em relação a todos os direitos e garantias constitucionais de natureza coletiva, amplamente considerados, e em relação aos direitos e às garantias constitucionais de natureza individual indisponível (Título II, Capítulo I, e arts. 127, *caput*, e 129, III, da CR/1988).

A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais é hoje o caminho necessário para a compreensão e a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados expressamente no art. 3.º da CR/1988, os quais, em síntese, formam o princípio constitucional da transformação positiva social, eixo que deverá conduzir a atuação de todas as Instituições de defesa dos direitos fundamentais, especialmente o Ministério Público, que é constitucionalmente fiscal da própria ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CR/1988).

O enfoque sobre o acesso à Justiça *como movimento de pensamento* constitui, nos dias atuais, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante, que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a Justiça da realidade social. Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à Justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que depende a viabilização dos demais direitos.¹¹ Com efeito, a problemática do acesso à Justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito.

Nesse contexto, em que o acesso à Justiça passa a ser método de pensamento com conceito ampliado, no sentido de se constituir o mais importante direito-garantia fundamental de acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação adequada dos direitos individuais e coletivos, amplamente considerados, tem-se que o Ministério Público, em razão da sua função constitucional (arts. 127 e 129 da CR/1988), passa a possuir a natureza jurídica de Instituição do Acesso à Justiça, ao lado do Poder Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à Justiça. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inserir o Ministério Público no Título IV, Capítulo IV - “Das Funções Essenciais à Justiça”, confirma essas assertivas.

A concepção sobre o acesso à Justiça defendida neste texto não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o acesso ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à arbitragem etc. Também inclui o acesso às Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à Justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CR/1988). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da prestação jurisdicional, deverá ser constitucionalmente adequada e justa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois sistemas internos de acesso à Justiça: o *sistema de acesso por adjudicação* – que se viabiliza, geralmente, pelo Judiciário, por intermédio de liminares, sentenças e medidas executivas (art. 5.º, XXXV, da CR/1988) – e também o *sistema de resolução consensual de conflitos* – conforme orienta o Preâmbulo da Constituição, ao prever que a República Federativa do Brasil é fundada na harmonia social e comprometida, nas ordens interna e internacional, *com a solução pacífica das controvérsias*. No mesmo sentido, dispõe o art. 4.º, inciso VII, da CR/1988 que a República Federativa do Brasil será regida, nas relações internacionais, pela solução pacífica dos conflitos.¹²

Ademais, como já sustentado,¹³ o próprio Estado Democrático de Direito, rompendo com a concepção dualista (Sociedade X Estado), está dentro da Sociedade, como sua força organizativa em grau máximo, e sua função básica é proteger e efetivar

10 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 141-142.

12 ALMEIDA, Gregório Assagra de: *Houve, portanto, um grande erro no Brasil ao concentrar quase toda prática que envolve o acesso à Justiça no sistema de resolução por adjudicação (art. 5.º, XXXV, da CR/1988). É essa, portanto, uma das razões de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatar, em suas pesquisas (destacando-se aqui o Justiça em Números), que no País há mais de cem milhões de processos em tramitação*. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília: CNMP, v. 1, 2016. p. 49-107.

13 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 183-193

os direitos fundamentais individuais e coletivos, visando à transformação social, até porque a CR/1988, além de estabelecer, expressamente (art. 1.º, parágrafo único), que todo poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, consagra o princípio da transformação social ao fixar, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a necessidade de criação de uma sociedade livre, justa, solidária, da erradicação da pobreza e da diminuição das desigualdades sociais (art. 3.º).

Por outro lado, apesar da forte influência, atualmente, das classificações doutrinárias bipartidas das normas jurídicas em regras e princípios, sendo inúmeros os estudos sobre o tema envolvendo as concepções de Alexy e Dworkin, este texto parte da concepção, defendida por um dos seus autores,¹⁴ no sentido de que as normas jurídicas possuem três categorias: a) regras, que são normas direcionadas para casos concretos; b) princípios, que são mandamentos de otimização do sistema e, portanto, diretrizes generalizantes; c) garantias, que asseguram mecanismos de proteção dos direitos e das próprias garantias. Assim, as garantias compõem-se de duas dimensões. De um lado, estão as garantias instrumentais, como são as ações constitucionais em geral; de outro, as garantias constitucionais fundamentais, que são as instituições de promoção do acesso à Justiça, destacando-se aqui o Ministério Público.

Essa visão a respeito do Ministério Público aqui sustentada, com natureza de garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça da sociedade (o que abrange o indivíduo e a coletividade, no contexto das atribuições constitucionais do Ministério Público, arts. 127 e 129 da CR/1988), possui importantes horizontes que podem ser explorados no plano da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais e do papel constitucional do Ministério Público.

Mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já tinha decidido que “A custódia da lei, deferida ao Ministério Público, não pode sofrer restrição na exegese da norma processual, coarctando-lhe o pleno desempenho do ofício”.¹⁵ Com mais razão agora, em que o Ministério Público é uma garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça da sociedade e do indivíduo, a interpretação das suas atribuições e mecanismos de atuação deverá ser ampliativa. Ademais, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais são valores fundantes da Constituição e do Estado em uma democracia e, ao mesmo tempo, são o centro irradiante, com carga de eficácia em grau máximo, do sistema jurídico. O Ministério Público, nesse contexto, possui a natureza jurídica de garantia fundamental institucional de acesso à Justiça.

Por isso, à luz dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, principalmente com base na cláusula constitucional aberta prevista no § 2.º do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o rol dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais que devem ser protegidos pelo Ministério Público é meramente exemplificativo. Da mesma forma, tem-se que o rol dos mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público também é meramente exemplificativo.

A título de ilustração, convém destacar que o Ministério Público, em suas atuações jurisdicionais, poderá utilizar-se de todas as ações, provas e medidas judiciais, mesmo que atípicas, desde que necessárias e adequadas para proteger e/ou efetivar direitos fundamentais. A Instituição poderá, por exemplo, utilizar-se de provas por estatísticas, por amostragem ou valer-se de diagnósticos sociais em suas demandas judiciais e, além disso, todos os tipos de pedidos e medidas judiciais podem ser utilizados pela Instituição no exercício das suas atribuições constitucionais. Quanto ao plano extrajurisdicional, com base nesse mesmo entendimento, sustenta-se que o Ministério Público poderá utilizar-se de mecanismos atípicos, mas jurídica e socialmente legítimos, tais como acordos para a pactuação com o poder público sobre a implementação de políticas públicas, projetos sociais e institucionais, reuniões coletivas, podendo utilizar-se também do direito de petição, nos termos do art. 5.º, XXXIX, da CR/1988, assim como de outros mecanismos legítimos, mesmo que não previstos expressamente na Constituição ou na lei.

Nesse sentido, convém destacar a Carta de Brasília, aprovada em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, prevendo o desenvolvimento de um sistema avaliativo que considere objetivos, metas e indicadores direcionados à análise da eficácia social da atuação dos Membros e da Instituição e, ainda, estabelecendo previsão avaliativa positiva para o uso de projetos sociais e outros mecanismos de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional que possam garantir a efetividade social do Ministério Público como garantia fundamental da sociedade.¹⁶

Não há dúvida, com efeito, de que é inconstitucional medida ou decisão que imprima interpretação restritiva ao papel constitucional do Ministério Público, das suas atribuições e dos seus mecanismos de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional na defesa dos direitos fundamentais (arts. 1.º, 3.º, 5.º, XXXV, § 2.º, arts. 127 e 129, todos da CR/1988).

14 ALMEIDA, Gregório Assagra de. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília: CNMP, v. 1, 2016. p. 49-107.

15 STF: RE 92656-9-RJ, 1.ª, Rel. Min. Néri da Silveira, v.u., Lex-JSTF, 92/73 – j. 3.12.1984.

16 CARTA DE BRASÍLIA – Modernização do Controle da Atividade Extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Documento aprovado em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – A atuação orientadora das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília (DF): CNMP, 2017. p. 375-388.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no context do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília: CNMP, v. 1, 2016. p. 49-107.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 183-193.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Orgs.). **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northett. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARTA DE BRASÍLIA – Modernização do Controle da Atividade Extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Documento aprovado em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. In.: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – A atuação orientadora das Corregedorias do Ministério Público**. Brasília (DF): CNMP, 2017. p. 375-388.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20.^a edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 228-9.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. Tradução por Bruno Miragem e notas e revisão da tradução por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**, Madrid, Tecnos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES OBJETIVAS:

Item 4

- 4 - Assim, o Ministério Público poderá utilizar-se, jurisdicionalmente, de todas as ações, provas, inclusive provas técnicas de acordo com o novo CPC, desde que necessárias e concretamente adequadas para proteger e/ou efetivar direitos fundamentais. A Instituição poderá, por exemplo, utilizar-se de provas por estatísticas, por amostragem ou valer-se de diagnósticos sociais em suas demandas judiciais e, além disso, todos os tipos de pedidos e medidas judiciais podem ser utilizados pelos membros da Instituição no exercício das suas atribuições constitucionais.

A DISTORÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO CNMP A NECESSÁRIA DISCUSSÃO SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO^{1 2}

HENRIQUE DA ROSA ZIESEMER³

JUSTIFICATIVA:

A criação e o funcionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) demandam a necessidade de análise e estudos sobre o órgão. Com a missão de exercer o controle externo do Ministério Público e competências constitucionais variadas, o CNMP merece atenção da comunidade jurídica e também do Ministério Público. A pouca literatura sobre o CNMP, juntamente com a pouca discussão acerca das competências e atuação do Conselho, faz com que seja difícil de se estabelecer seus limites. Não se pode perder de vista que o CNMP, como órgão público que é, está submetido à Constituição e às leis. O debate sobre o órgão o aprimora, tonando-se necessário levantar dúvidas e questionar eventuais temas que podem ser revistos. As linhas que seguem abaixo, em tom de crítica, são absolutamente impessoais e na firme ideia de contribuir para o debate.

1 **APROVADA POR UNANIMIDADE**

2 Tese submetida à apreciação para o XXII Congresso Nacional do Ministério Público. Tema: Áreas da Política Institucional e Administrativa. Art. 38, III do Regulamento.

3 Promotor de Justiça em Santa Catarina desde 2004, atualmente atua na comarca de Blumenau. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Administrativo e Direito Processual Penal. Professor da Escola do MPSC e de Pós-Graduação. E-mail: hzieemer@mpsc.mp.br

1- A CRIAÇÃO DO CNMP E A AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Criado em 2004 e instalado em 2005, o Conselho Nacional do Ministério Público é uma realidade entre nós há mais de uma década. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o passar do tempo demonstrou que havia, de fato, a necessidade de um órgão que ajudasse no aprimoramento do Ministério Público Brasileiro, contudo, um órgão que não colidisse com os dois valores mais caros, duramente conquistados pelo Ministério Público, quais sejam, sua autonomia administrativa e independência funcional.

Muitas foram as discussões acerca da formatação e dos poderes que pudessem ser conferidos ao Conselho Nacional. De fato, uma das maiores preocupações era com a autonomia do Ministério Público, premissa esta que dá vida à sua atuação e assegura o cumprimento de suas missões constitucionais.

Nesses quase doze anos de existência, o CNMP buscou conhecer a realidade dos diversos ramos do Ministério Público Brasileiro. Para tanto, levantou dados, foi a campo, regulamentou práticas, padronizou atuações, recomendou e também puniu.

Não obstante sua reconhecida e relevante atuação ao longo do tempo, é imprescindível mencionar que o CNMP ainda necessita ter limites definidos, assim como deve sofrer alterações pontuais, que o colocarão em uma forma de atuação mais condizente com seu verdadeiro papel.

Nesse sentido, o entendimento deste autor⁴:

Após as várias composições que passaram pelo Conselho, pode-se observar que o órgão de controle ainda pende de uma identidade definida. Mesmo com essa ressalva, são inegáveis os avanços trazidos pelo CNMP, sobretudo em matérias administrativas.

Não se pode juridicamente conceber, por exemplo, que um órgão de controle, de natureza pública, criado pela Constituição, possa, sem ampla discussão externa, ampliar seus próprios poderes de atuação por força de seu regimento interno. Foi o que aconteceu quando da revogação do primeiro Regimento Interno para o que hoje está em vigência.

A criação do Conselho Nacional do Ministério Público se deu no mesmo momento e nos mesmos moldes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituindo o chamado controle externo sobre o Poder Judiciário e sobre o Ministério Público.

Não obstante as discussões sobre a necessidade, ou não, de sua criação, anota-se que não há nenhum outro modelo semelhante na Constituição de órgão de controle, como o CNMP e CNJ. De qualquer sorte, é importante mencionar que a atuação do CNMP contrasta (não necessariamente colide) com a autonomia do Ministério Público.

Nesse prisma, são relevantes as palavras do ex-Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos⁵:

Temos consciência de que a importância alcançada pela atuação do Ministério Público em nossa sociedade somente foi possível devido à observância, respeito e garantia de sua autonomia e independência funcional.

Não obstante o zelo pela autonomia do Ministério Público seja a primeira missão constitucional conferida ao Conselho Nacional do Ministério Público⁶, o exagerado número de resoluções editadas⁷ demonstram uma excessiva regulamentação das atividades ministeriais em seus mais variados campos, o que, dado o número crescente de atos normativos, engessa e pode comprometer a qualidade da atuação do Ministério Público.

Que o CNMP pode editar atos regulamentares no âmbito de suas competências, isso é extrema de dúvidas. Contudo, não raras vezes invade esfera reservada à lei complementar, como denota o artigo 128, §5º da Constituição. Exemplo claro desta invasão é a Resolução nº 20⁸, de 28 de maio de 2007, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial. Segundo consta da ementa da Resolução em apreço:

Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

4 ZIESEMER, Henrique da Rosa. Direito Institucional. **Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Edição. Rev. Atual. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017. P.1

5 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. **Diagnóstico ministério público dos estados**. Editado por Margareth Leitão. Brasília, DF, 2006. p.7.

6 Art. 130-A, §2º, I da Constituição Federal.

7 Até 21/7/2017 foram 177 Resoluções editadas pelo CNMP: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10516-norma-define-proibicoes-para-ocupacao-de-funcao-de-confianca-ou-cargo-em-comissao-no-quadro-dos-servicos-auxiliares-do-mp> - Acesso em 24/7/2017.

8 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO Nº 20, DE 28 DE MAIO DE 2007**. Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial: <http://www.cnmp.mp.br> – Acesso em 24/7/2017.

Com a devida vênia, o Art. 129, VII da Constituição é claro em dizer que é função institucional do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial, **na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior**” (destaque não original). A lei complementar mencionada, no caso é a prevista no §5º do Art. 128 da Carta Magna. Não pode o CNMP dispor, por Resolução, de assunto reservado à lei complementar. Ademais, como se pode observar da ementa da Resolução respectiva, no caso dos Ministérios Públicos dos Estados, a redação faz referência ao Art. 80 da Lei 8.625/93 (LONMP), que não tem nenhuma relação com o controle externo da atividade policial, mas apenas e tão somente resguarda a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do MPU à lei 8.625/93. Aliás, nem a LONMP menciona o controle externo da atividade policial, porque justamente a Constituição reservou tal matéria à lei complementar estadual, o que parece ter sido ignorado pelo CNMP logo na ementa da resolução.

Destarte, no ensinamento de Luís Roberto Barroso⁹:

A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tornar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.

É justamente nesse contexto que entra a crítica ao Conselho Nacional do Ministério Público. Ao regular excessivamente a atividade do Ministério Público, acaba se sobrepondo à lei, o que deve ser evitado. Deve o CNMP zelar pelo “exato cumprimento da lei¹⁰”, mas não a ela se sobrepor.

Há vários outros exemplos no mesmo sentido, mas não se pretende aqui alongar sobre o tema.

1.1 – O CNMP E A ATIVIDADE FIM DO MINISTÉRIO PÚBLICO (INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL EM DESTAQUE)

Juntamente com a autonomia do Ministério Público, é igualmente necessária a discussão que envolve a atividade fim do MP e as competências do CNMP. Não obstante haja enunciado sobre o tema, observa-se com certa frequência a invasão do Conselho Nacional do MP no mérito de atividade fim do Ministério Público.

Eivado à condição de princípio institucional pelo parágrafo único do Art. 127 da Constituição, a independência funcional é o que assegura a liberdade de atuação processual do membro do Ministério Público. Sem adentrar no conceito de independência funcional, já amplamente conhecido e explorado, o fato é que sem independência funcional, o órgão de execução estaria sujeito às mais variadas formas de pressão e amedrontamento. Foi por esta razão que o Conselho Nacional do Ministério Público editou o Enunciado nº 6¹¹, de 2009 cujo verbete é o seguinte:

Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Com efeito, nos dias atuais, não é o que se observa, mormente quando o tema disciplinar vem à baila. Com alguma frequência o CNMP tem determinado que o Procurador – Geral de Justiça ingresse com ação judicial de perda do cargo de membro vitalício, por entender que a falta cometida seria passível de tal penalidade. Ainda, noticia em seu sítio eletrônico oficial que o Conselho aplica pena de demissão, o que se sabe ser equivocado. Entende-se ser este um perigoso excesso do CNMP. A uma, não lhe compete aplicar tal penalidade, pois esta somente pode ser levada a efeito por decisão judicial. A duas, porque a perda do cargo de membro vitalício depende do ingresso de ação judicial própria, após deliberação do Colégio de Procuradores, em atenção ao Art. 12, X¹² da Lei 8.625/93. Por fim, o ingresso de ação judicial é atividade fim do Ministério Público, cuja legitimidade é conferida ao Procurador – Geral de Justiça, que não pode ser compelido a tanto, bem como o CNMP também não pode ignorar dispositivo legal.

Não obstante tudo isso, o Conselho Nacional assim disponibilizou em seu site oficial¹³:

9 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

10 Art. 130 –A, §2º, II da Constituição Federal.

11 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Enunciado nº 6, de 18 de maio de 2009. Portal do Conselho Nacional do Ministério Público, Atos e Normas, Brasília, maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Enunciados/enunciado6.pdf>>. Acesso em: 11/7/2017.

12 Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: X - deliberar por iniciativa de um quarto de seus integrantes ou do Procurador-Geral de Justiça, que este ajuíze ação cível de decretação de perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público nos casos previstos nesta Lei;

13 CNMP aplica pena de perda do cargo a promotor de Justiça do Acre. – Publicado em 26/4/2017. <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10198-cnmp-aplica-pena-de-perda-do-cargo-a-promotor-de-justica-do-acre> - Acesso em 24/7/2017 - (grifos não originais)

Por unanimidade, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) reviu decisão proferida pelo Ministério Público do Estado do Acre e **aplicou a pena de perda do cargo** ao promotor de Justiça [...]

Os autos do processo serão enviados ao procurador-geral de Justiça do MP acriano **para que ajuíze, em até 30 dias** da notificação da decisão do Plenário, a ação civil de perda do cargo por prática de ato ímprobo, bem como para analisar o cabimento e a adequação da promoção da ação penal pela prática do crime de prevaricação.

Em outra oportunidade e no mesmo sentido¹⁴:

O Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) julgou procedente a Revisão de Processo Administrativo Disciplinar nº 137/2017-40 para determinar ao procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba (MP/PB) que ajuíze ação civil para decretação da perda do cargo em desfavor da promotora de Justiça [...]

Assim, tem-se como equivocado o posicionamento do CNMP, que vai muito além de suas funções. Não se pretende avaliar ou fazer juízo de valor sobre mérito dos atos do membro do Ministério Público que sofreu a sanção, mas somente analisar a atuação do Conselho Nacional.

2- COMPOSIÇÃO DO CNMP E SUA DISTORÇÃO

Outro tema polêmico e que merece revisão, é o da composição do Conselho Nacional do Ministério Público. De início, cumpre asseverar que a ideia de órgão de controle externo se torna unilateral, quando apenas o Poder Judiciário e o Ministério Público dispõe de conselhos nacionais. A Ordem dos Advogados do Brasil possui representantes tanto no CNJ, quanto no CNMP, mas a recíproca não é verdadeira (e deveria ser).

Nos termos do Art. 130-A da Constituição, o Conselho Nacional do Ministério Público é composto por 14 membros, sendo o Procurador-Geral da República o presidente, quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras, três membros dos Ministérios Públicos Estaduais e os restantes, juízes, advogados e cidadãos de notável saber jurídico, sendo dois representantes de cada classe.

É de se ressaltar que a maioria das cadeiras do CNMP pertence ao Ministério Público, não podendo ser diferente. Somente assim pode-se assegurar a necessária autonomia à instituição. Contudo, percebe-se um grave desequilíbrio, pois o Ministério Público da União possui cinco assentos no CNMP, sendo um deles, a presidência ininterrupta, ao passo que aos Ministérios Públicos Estaduais são destinadas apenas três cadeiras.

Segundo dados que podem ser encontrados no próprio CNMP¹⁵, enquanto o Ministério Público da União possui um pouco menos de dois mil membros e ocupam 4 cadeiras no CNMP, mais a presidência eterna, os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios possuem mais de dez mil membros e ocupam somente três assentos, o que vai contra a almejada simetria, trazendo um evidente desequilíbrio, com claras consequências de ordem classista.

A distorção na composição do Conselho Nacional gera uma hipertrofia da União em detrimento dos Estados, ocorrendo o que se pode chamar de federalização do Ministério Público. Destaca-se que federalização é diferente de federação. A federação é a forma de estado escolhida pelo Constituinte Originário, respeitando-se as peculiaridades locais. Federalização é tendência de tornar à União, em um viés mais unitário e por consequência, totalitário, incompatível com a divisão e formatação constitucional do Ministério Público. Portanto, estaria mais de acordo com a Constituição se a composição do CNMP fosse mais fiel à representação ministerial no Brasil, o que equivale aos Ministérios Públicos Estaduais.

Especialmente no que toca à composição referente aos membros do Ministério Público, torna-se natural que, por ser órgão plural, haja no seio do CNMP, embates envolvendo a natureza de sua composição. Assim, chega-se ao resultado de que quem menos possui membros, mais representação tem, o que não se pode admitir. Necessária a correção da composição do CNMP, pois há evidente prejuízo e crescente federalização do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁴ CNMP aplica pena de perda do cargo a promotora de Justiça do MP/PB. Publicado em 23/5/2017. <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10326-c-nmp-aplica-pena-de-perda-do-cargo-a-promotora-de-justica-do-mp-pb> - Acesso em 24/7/2017.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério público**: um retrato: dados de 2015. Brasília, 2016. v. 5. p. 32

2.1- A Presidência do CNMP– Democratização e Conflitos de Atuação

Outro ponto de destaque e de igual importância, tanto quanto a composição, é a presidência do CNMP. Pelo texto constitucional, a presidência compete ao Procurador-Geral da República.

Entende-se que a presidência do órgão deveria ser democrática, abrindo-se a possibilidade para que todos os integrantes do Ministério Público tivessem a possibilidade de exercê-la, seja por eleição direta ou alternância, ora um membro do MPU, ora um do Ministério Público Estadual.

Ora, se o Conselho é Nacional, o correto seria que todos os membros do Ministério Público pudessem presidi-lo e não apenas o Procurador – Geral da República (PGR). Aliás, não há limites constitucionais para a recondução do PGR e nessa seara, este seria o presidente do CNMP tantas vezes quantas fosse reconduzido ao cargo, o que fere de morte o conceito de República, onde se pressupõe a alternância de poder. A não alternância do exercício da presidência vai contra o discurso de independência pregado tanto pelo MPU quanto pelos Ministérios Públicos dos Estados.

É sabido e amplamente divulgado pelo Ministério Público da União, da existência de uma lista tríplice informal, formada no seio do MPU, lista esta submetida ao Presidente da República para que este escolha um dos nomes para o cargo de Procurador-Geral da República. Contudo, é igualmente sabido que tal lista não encontra respaldo na Constituição, bem como o Presidente da República a ela não está submetido. O discurso do MPU é justamente a independência, contudo, não é o que ocorre quando da Presidência do CNMP, eternamente conferida ao PGR. O Ministério Público da União deveria atuar para que a Constituição fosse alterada, contemplando a alternância do poder e o exercício da democracia.

O Corregedor Nacional do Ministério Público, por sua vez, este sim é eleito por voto secreto entre integrantes do Ministério Público que compõe o Conselho Nacional (Art. 130-A, §3º da Constituição), contemplando valores republicanos, em homenagem à alternância.

Destaca-se que no caso do Conselho Nacional de Justiça, o Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) também é o presidente do Conselho *ad eternum*. Todavia, há que estabelecer grandes diferenças, porquanto o Presidente do STF é o Chefe do Poder Judiciário nacional, ao passo que o Procurador-Geral da República não é o Chefe do Ministério Público brasileiro. Enquanto o Poder Judiciário possui caráter unitário e nacional, o Ministério Público possui forte viés federativo, garantindo-se a autonomia dos Estados e não havendo relação de subordinação entre estes e a União. Assim, são conceitos distintos.

Neste particular, importante demonstrar o desequilíbrio trazido pelo formato atual, com alguns exemplos pontuais.

O Chefe do Ministério Público da União e Presidente do CNMP são a mesma pessoa física. Torna-se conflituoso, por mais que se tente zelar pelo contrário, que o CNMP adote alguma medida em desfavor do MPU, cujo Chefe deste (que é o mesmo Presidente do CNMP) tenha que cumprir. Em suma, é de se questionar se o Procurador – Geral da República pode, ou deve ser questionado pelo CNMP, este com poderes impositivos, sendo o próprio destinatário, seu presidente.

Para ilustrar, tome-se a edição de uma resolução editada pelo CNMP, tendo o PGR se posicionado a favor, resolução esta que pode ser questionada via Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. No âmbito federal, o PGR é o único membro do Ministério que pode ingressar com a ADI (Art. 103, VI da Constituição). Todavia, a pessoa física que numa ponta foi a favor da resolução, é a mesma responsável por ajuizar a referida ADI na outra ponta. Tem-se aí uma função institucional praticamente anulada.

Por mais que se tente administrar tais conflitos, ao argumento de boa-fé e independência, o que desde já se reconhece, a questão vai muito além disso, torna-se institucional. Os conflitos existentes dificultam o sistema de freios e contrapesos do Ministério Público e na prática impedem que limites sejam impostos ao CNMP.

3- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as presentes linhas e questionamentos, não se pretende tecer críticas à atuação deste ou daquele Conselheiro, mas sim tratar do Conselho Nacional como um todo. O aspecto disciplinar do CNMP também merece uma revisão profunda, pois o Regimento Interno confere ao Conselho uma discricionariedade praticamente sem limites, verdadeiramente sufocando e impedindo a atuação do Ministério Público local. Afinal, se a ideia da existência de um órgão de controle é zelar para que seu objeto (o Ministério Público, no caso) atue a contento, quando o CNMP escolhe quando e como vai atuar, acaba por não exercer controle nenhum e sim impedindo o Ministério Público de funcionar, afigurando-se uma verdadeira sobreposição.

Reconhece-se a importância do CNMP para o aprimoramento do Ministério Público brasileiro. Questões como a regulamentação do nepotismo, do procedimento investigatório criminal, taxionomia, dentre outras tantas, de relevo para o Ministério Público. Contudo, suas arestas não podem passar ao largo das críticas impessoais e legítimas.

Enfim, o papel do CNMP precisa ser discutido, definido e com acréscimos democráticos e republicanos em sua formação constitucional e regimental. O Conselho Nacional é pouquíssimo debatido e contestado, o que faz com que haja pouco material a ser tratado e por consequência, suas decisões e atuações sejam aceitas sem maiores discussões (o que não ocorre com qualquer outro órgão da Administração Pública).

A via aberta é de reflexão, proposição e debate, posta de forma impessoal, jurídica e acadêmica, sendo estes os propósitos destas linhas, com vistas ao aprimoramento do Ministério Público Brasileiro.

Afinal, qual é o papel do CNMP?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: *Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1.jul. 2017;

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. **Diagnóstico ministério público dos estados**. Editado por Margareth Leitão. Brasília, DF, 2006. p.7;

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. www.cnmp.mp.br – sítio eletrônico oficial do Conselho Nacional do Ministério Público;

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério público**: um retrato: dados de 2015. Brasília, 2016. v. 5. p. 32;

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO Nº 20, DE 28 DE MAIO DE 2007**. Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial: <http://www.cnmp.mp.br> – Acesso em 24/7/2017;

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Enunciado nº 6, de 18 de maio de 2009. **Portal do Conselho Nacional do Ministério Público**, Atos e Normas, Brasília, maio 2009. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Enunciados/enunciado6.pdf>. Acesso em: 11/7/2017;

BRASIL. Lei Nº 8.625, de 12 de FEVEREIRO DE 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 15/2/1993;

ZIESEMER, Henrique da Rosa. Direito Institucional. **Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Edição. Rev. Atual. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017. P.1

*A INOPONIBILIDADE DA GARANTIA DA
INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL ÀS DIRETRIZES
DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO¹*

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ²

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

Para o eficiente cumprimento de seus deveres constitucionais, deve o Ministério Público definir Planos e Programas de Atuação Institucional, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e, até mesmo, da Administração Superior.

Ocorre que referidos projetos mostram-se, de certa forma, rarefeitos, em virtude da baixa adesão ou ausência de priorização pelos membros, situação que se aperfeiçoa mediante a questionável invocação do princípio da independência funcional.

Sustenta-se que a melhor interpretação do princípio da independência funcional não autoriza a recusa de atuação dos membros nos projetos estratégicos, legitimamente aprovados pela Instituição.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O Planejamento estratégico no âmbito do Ministério Público Brasileiro e o Princípio da Proteção Eficiente

O Ministério Público recebe do texto constitucional a missão de concretizar certos objetivos, dentre os quais “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis” (CF, art. 127).

Consta da denominada Carta de Brasília, elaborada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e publicada em 22.09.2016, que a defesa do regime democrático impõe ao Ministério Público o “desenvolvimento de planejamento estratégico funcional devidamente voltado para a efetivação, via tutela dos direitos e das garantias fundamentais, do princípio da transformação social, delineado no art. 3º da CR/1988”.

Em seguida, recomenda a atuação “pautada no Planejamento Estratégico aprovado democraticamente com a participação tanto dos membros e servidores quanto da sociedade” e “com base em Planos de Atuação, em Programas Institucionais e em Projetos Executivos que estejam em sintonia com o Planejamento Estratégico Institucional”.

Desta forma, os meios pelos quais os objetivos constitucionais serão atingidos estão consubstanciados na identificação de metas prioritárias, contempladas nos Planos e Programas de Atuação. “As metas, prioridades e ações definidas nos Planos e Programas de Atuação decorrem da necessidade de o Ministério Público cumprir, por força de imposição constitucional genérica, os seus objetivos estratégicos”³.

Tanto quanto possível, a atividade de planejamento de que se trata deve decorrer da participação efetiva dos membros, servidores e da comunidade em geral, o que lhe confere, não somente maior probabilidade de êxito, mas também, sobretudo, legitimidade.

Em suma, apresenta-se o planejamento estratégico como instrumento capaz de conferir racionalidade e coerência à atuação ministerial, atribuindo-lhe eficiência na realização dos objetivos institucionais, constitucionalmente estabelecidos, considerando-se que a tutela dos direitos fundamentais exige a proteção eficiente.

Reporta-se, com isso, à submissão do moderno sistema de proteção de direitos ao princípio da proporcionalidade, do que se extrai a vedação dos excessos estatais, ou seja, a proibição de se valer de mais poder, em detrimento do particular, do que o estritamente necessário para a tutela do interesse público, pois as prerrogativas da Administração alcançam seus limites nos direitos dos administrados.

O inverso disso, mantendo-se a mesma ordem de ideias, encontra-se no dever estatal em dispensar a devida proteção aos bens jurídicos fundamentais. Vale dizer, o Estado corre o risco de faltar com o seu dever de proteção quando atua de modo insuficiente, o que ocorrerá naquelas hipóteses em que de sua atuação resultar níveis de proteção inferiores ao mínimo constitucionalmente projetado. É exatamente esse dever de zelo que se denomina princípio da proteção eficiente. Para Lênio Luiz Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do

3 GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador⁴.

É também por isso que a independência funcional deve se harmonizar com a unidade institucional, sob pena de não se despendar a proteção eficiente aos bens jurídicos, cuja tutela foi confiada ao Ministério Público. Em síntese, a exacerbação da independência funcional, em prejuízo da unidade e da atuação estratégica, representa violação à proteção eficiente.

2.2. Princípio da independência funcional vs. Princípio da unidade institucional

Uma vez definidas as prioridades institucionais, mediante a legítima elaboração do planejamento estratégico, o dever de adesão e efetiva atuação por parte dos membros deixa a esfera da independência funcional, para se inserir no âmbito da unidade institucional.

É bem verdade que o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º; Lei 8.625/93, art. 1º) assegura liberdade no exercício das atribuições, ao permitir que o membro atue segundo suas convicções, a partir de interpretação razoável da ordem e dos fatos jurídicos, ainda que, naturalmente, ocorram tentativas de interferência, quer no plano externo, quer no próprio âmbito interno.

Contudo, isto não significa dizer, em absoluto, que o membro do Ministério Público possa pautar sua atuação por prioridades de ordem subjetiva, as quais eventualmente se contraponham aos objetivos institucionais ou simplesmente não convirjam com eles. Para Emerson Garcia:

[...] o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal⁵.

Trata-se, portanto, de garantia ao livre exercício das atividades confiadas ao Ministério Público, com largo reconhecimento da jurisprudência. No próprio Supremo Tribunal Federal a aplicação do princípio da independência funcional vem sendo reiteradamente associada à própria autonomia da Instituição: a “garantia da independência funcional, viabilizada, entre outras, pela prerrogativa de inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1.º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo de qualquer subordinação hierárquico-administrativa” (STF. AgRg no HC 102.147. Rel. Min. Celso de Mello. J. 01.03.2011).

Em última *ratio*, a independência funcional é mais uma garantia da própria sociedade, no sentido de que as decisões que lhes atinja diretamente serão tomadas com isenção, do que propriamente uma prerrogativa dos membros em terem assegurada sua liberdade de convicção intelectual.

Ao referido princípio, acresce-se o da unidade (CF, art. 127, § 1º), o qual orienta a atuação institucional do Ministério Público de forma tal que todos devam estar coesos na consecução do que se reputa, em determinado contexto, como estratégico. Apresenta-se, portanto, o princípio da unidade, em uma de suas acepções, como contraponto ao princípio da independência funcional.

Abre-se parênteses para o resgate teórico quanto ao método interpretativo dos princípios. Sabe-se que a aplicação dos princípios submete-se à lógica da ponderação de valores, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio em relação ao mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual pode se dar em uma extensão maior ou menor, pois sua plasticidade propicia-lhe a cedência recíproca na aplicação.

É por isso que, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem. Deverá ser verificado qual deles merece maior relevância no caso concreto, pois inexistente, em abstrato, prévia hierarquização. Trata-se de raciocínio natural que decorre do fato de a aplicação do princípio sempre envolver juízo de valor.

Nessa orientação, observa-se que o Conselho Nacional do Ministério Público já se pronunciou quanto a existência de limitação ao princípio da independência funcional, ponderando, no caso concreto, especialmente à luz dos deveres funcionais inerentes ao cargo de membro de Ministério Público, que:

A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da

4 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da AJuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.

5 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 146.

conduta no campo disciplinar. – A insistência na oitiva de testemunhas ausentes, causando sucessivos adiamentos, e o posterior pedido de desistência de sua ouvida quando de seu comparecimento, requerendo a absolvição do réu, suprime a autonomia do Conselho de Sentença e viola o dever de atuar com zelo e presteza. Sucessivas ausências falsamente justificadas, com pedidos de adiamento de Sessões do Júri sem qualquer respaldo documental caracteriza violação a dever funcional. Condenação confirmada. [...]. (CNMP. Pedido de revisão de processo disciplinar nº 631/2008-94. J. 05.12.2008)

Em outra situação, o Conselho Nacional do Ministério Público, em razão do quanto disposto na Lei n. 12.594/2012 (Lei do SINASE), que torna obrigatória a elaboração e a implementação dos denominados Planos Decenais de Atendimento Socioeducativo, realizou verificação de quais municípios ainda não dispunham dos referidos instrumentos de planejamento. Em momento posterior, constatada a omissão do Ministério Público em adotar as providências necessárias a compelir as respectivas municipalidades a atenderem o comandado legal, encaminhou comunicação à Corregedoria Nacional para os devidos fins, em nítida e correta flexibilização à independência funcional (CNMP. Procedimento Interno de Comissão n. 0.00.000.000255/2016-48. Rel. Cons. Walter de Agra Júnior. J. 13.06.2017).

O princípio da unidade implica em dizer que os membros do Ministério Público, no exercício de suas respectivas atribuições funcionais, “não devem ser concebidos em sua individualidade, mas como presentantes e integrantes de um só organismo”⁶. Assim, para Emerson Garcia:

[...] fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei, que são o impedimento e a suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente⁷.

Do quanto foi posto, constata-se a inoponibilidade de se levantar a independência funcional como defesa para não aderir aos projetos estratégicos institucionais. Ao assim proceder, o membro do Ministério Público estaria a violar o princípio da unidade da atuação e, conseqüentemente, estaria a omitir-se em relação aos seus deveres funcionais.

Para Eduardo Cambi, “não existe independência funcional para violar a lei, os deveres éticos do Ministério Público e o planejamento estratégico que permite, de forma organizada, otimizar os recursos públicos para que a instituição possua efetividade mínima necessária para ser reconhecida como essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁸.

Marcelo Goulart sintetiza: “O membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois esse princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democraticamente definidos”⁹.

Para Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

[...] é de se consignar que não parece existir dúvidas de que a melhor forma de suprir a lacuna que o princípio da independência funcional gera no princípio da unidade é a construção coletiva de planos de atuação, em que se deve definir publicamente as linhas mestras a serem seguidas pela Instituição.

Além disso, é de se ter claro que não é admissível que o membro do Ministério Público invoque, como escudo de proteção para situações de omissão, o princípio da independência funcional¹⁰.

Assim, a devida harmonização entre o princípio da independência funcional e o princípio da unidade levam à conclusão de que os “Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público”¹¹.

6 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

7 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

8 CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público. Revista dos Tribunais. Vol. 955/2015, p. 93-139, maio/2015.

9 GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

10 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. In: Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Brasília: CNMP, 2016.

11 GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

3 – CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo posicionamento segundo o qual o planejamento estratégico vincula todos os órgãos do Ministério Público e, assim, tem-se por inoponível a garantia da independência funcional ao planejamento estratégico, como escusa para a não adesão ou não atuação prioritária em relação aos planos e programas que o integram.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. In: Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Brasília: CNMP, 2016.

CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público. Revista dos Tribunais. Vol. 955/2015, p. 93-139, maio/2015.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p. 180.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DESAFIO PARADIGMÁTICO¹

MÁRCIO SOARES BERCLAZ²
JULIANO RODRIGUEZ TORRES³

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

² Promotor de Justiça desde 2004 no Ministério Público do Paraná. Doutorando em direito das relações sociais (UFPR), Mestre em Direito do Estado (UFPR) e Promotor de Justiça desde 2004. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público e do Coletivo Ministério Público Transformador. Membro do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL) da UFPR; Membro do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da UFPR. Email: marcioberclaz@gmail.com

³ Assessor de Promotoria desde 2014 no Ministério Público do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro do Núcleo de Pesquisa História, Direito e Subjetividade da UFPR. Email: julianotorres.br@gmail.com

O Ministério Público, nos termos do artigo 127 da Constituição da República de 1988, foi incumbido da tarefa de defender o regime democrático. “Como cumprir” essa complexa tarefa, além de ser uma pergunta forte, não é uma questão de fácil (nem pode ser de fraca) resposta - seja porque se trata de uma instituição ontologicamente burocrática, cujos membros têm de ser recrutados na regular via do concurso público⁴ por mérito individual (e não pelo voto), seja porque a instituição, inclusive no seu delineamento constitucional, exerce parcela da soberania estatal desde a sociedade civil tendo como fundamento o exercício de uma razão jurídica (que muitas vezes precisa ser contramajoritária e, portanto, independente da vontade política da maioria ou da opinião pública), seja porque a democracia, no novelo da linguagem, é um termo polissêmico, um significante que pode portar muitos e diversos significados.

Não se refuta a importância do recrutamento predominante de membros e servidores via concurso público de modo correspondente com os critérios republicanos compatíveis com a exigência constitucional prevista no artigo 37, II, da Constituição, para boa parte do serviço público. De outro lado, isso não afasta o reconhecimento de que o Ministério Público, assim como as demais instituições do sistema de Justiça – incluindo o Poder Judiciário e mesmo a Defensoria Pública - apresenta um grande déficit democrático na sua composição e funcionamento, não apenas do ponto de vista interno (de seus membros e demais servidores), mas também do ponto de vista externo (de sua relação com a sociedade civil e, porque não dizer, com os seus movimentos sociais populares⁵), o que gera estranhamento e pode ser interpretado como uma grande incoerência diante do discurso retórico da própria instituição, em especial diante da perspectiva de uma concepção ampliada do Estado⁶, na qual se exige integração e articulação entre a sociedade política e a sociedade civil.

Assim, desde uma necessária autocrítica, a instituição Ministério Público, ao mesmo tempo em que se apresenta publicamente, muitas vezes, como “representante” da sociedade, a essa mesma sociedade se mostra um tanto quanto fechada e hermética. Quais são, afinal, os espaços institucionais nos quais o povo pode participar e decidir sobre as questões afetas ao papel constitucional do Ministério Público?

A instituição Ministério Público, como parte integrante do sistema de justiça, em todas as suas funcionalidades, precisa dispor de exemplaridade democrática, vale dizer, precisa contemplar todos os modelos normativos de democracia (a representação, a participação⁷, a deliberação⁸ e a radicalidade).

Se, na melhor previsão constitucional, como deve ocorrer com todo e qualquer instituição que representa parcela de soberania estatal, o Ministério Público pertence ao “povo”, e não apenas ao corporativismo de seus integrantes (membros e servidores), é importante que a população – interessada porque afetada pelas decisões e ações estatais, e pelo conjunto das relações sociais de poder – tenha condições de conhecer e de algum modo participar da construção da política institucional do Ministério Público, e do planejamento das suas ações, dentro dos marcos constitucionais, o que deveria incluir diversas possibilidades, dentre as quais escolha da chefia institucional e assento nos órgãos colegiados, para ficar em dois didáticos e significativos exemplos.

Nesse sentido, uma via possível para a concretização do papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição é a proposição de alternativas para que a instituição adote novas práticas debatidas pela teoria constitucional e pela filosofia política contemporâneas – e levando em consideração, inclusive, o papel exercido pelos movimentos sociais e populares na invenção e instituição de novos direitos.

4 Processo de seleção não raras vezes permeados de problemas que vão das características do edital a falta de critério adequado para composição de bancas examinadoras, situação agravada por programas de acompanhamento no estágio probatório e formação continuada muitas vezes dissociados de uma perspectiva crítica aderente à realidade social.

5 Opta-se aqui por um conceito mais essencialista e restrito dos movimentos sociais populares a partir da compreensão de que o elemento “popular”, na perspectiva do bloco histórico dos oprimidos, restringe o acesso do campo desses novos sujeitos coletivos ao preenchimento de certos requisitos ético-políticos desde a práxis junto à comunidade, à existência de uma bandeira de luta vinculada à causa popular de natureza transformadora e democrática, etc.

6 GRAMSCI, 2011, p. 74: “ ‘Estado’ significa, em especial, direção consciente das grandes multidões nacionais; é necessário, portanto, um ‘contato’ sentimental e ideológico com essas multidões e, em certa medida, simpatia e compreensão de suas necessidades e exigências”.

7 De acordo com Pietro Costa, a “ ‘democracia participativa’ pretende ser uma tentativa de reação às promessas não mantidas da democracia representativa; uma tentativa capaz de restituir aos sujeitos uma iniciativa política e uma influência no processo de decisão que parecem hoje comprometidos pelo formalismo do sistema representativo e pelo elitismo dos partidos”(COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 300). Essa tentativa encontra um precedente imediato, segundo o autor, na onda “participativa” dos anos sessenta-setenta, em que “a democracia é concebida como uma instância não mais somente ou primariamente referível ao processo da decisão política: são principalmente os mais diversos setores da vida social que devem ser repensados à luz de uma democracia ‘levada a sério’ A democracia ‘real’ (contraposta ao formalismo da democracia representativa) deve coincidir com a reapropriação do poder de falar e de decidir por parte dos sujeitos concretamente operantes na sociedade: nas empresas, na escola, na administração pública, nas mais diversas instituições”(Idem, *Ibidem*, p. 300-301). Trata-se, portanto, de uma tentativa de superação do mecanismo da representação, que faz “tendencialmente coincidir a participação política dos sujeitos com o momento eleitoral”(Id., *Ibid.*, p. 300).

8 Ainda segundo Pietro Costa, é “no processo decisional que a democracia participativa pretende inserir-se. O objetivo é superar, ou atenuar, o ‘pecado original’ do esquema representativo, a fratura por ele introduzida entre os ‘muitos’ que nomeiam e os ‘poucos’ que decidem. Existe, porém, um outro aspecto da democracia que foi focado, nas últimas duas décadas, no debate filosófico-político, sobretudo o anglo-saxão: o momento da discussão, do livre e informado confronto das opiniões; um confronto que, se nas sedes deputadas precede e prepara a decisão que a elas compete, desenvolve-se, mesmo externamente a uma tarefa decisional, em toda a esfera pública, tornando-se uma das marcas distintivas características da democracia. Nesta chave de leitura fala-se de *deliberative democracy*: onde a expressão ‘deliberative’ é semanticamente contígua ao substantivo ‘deliberation’ que significa algo próximo a uma ‘longa e cuidadosa discussão’ sem referência ao momento da decisão (enquanto em italiano e em outras línguas neolatinas ‘deliberação’ é sinônimo de ‘decisão’”(COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 306).

Evidentemente, quando se fala, aqui, em democracia, o que se defende não é uma “ditadura da maioria” em que a vontade majoritária – expressa de forma direta ou indireta – esteja autorizada a suplantar a razão jurídica fundada nos valores constitucionais de liberdade, justiça, dignidade e respeito aos indivíduos em sua autonomia e integridade. Compreende-se, aqui, a democracia como resultado da conjugação complexa e adequadamente equilibrada entre direitos fundamentais e soberania popular, ou seja, como democracia constitucional⁹. Não se trata de atender ao “clamor popular” para legitimar a atuação ministerial em sentido punitivo – como querem certas tendências demagógicas, alimentadas pelo sensacionalismo de “formadores de opinião” irresponsáveis - e tampouco de “relativizar”, menoscabar ou aviltar as garantias constitucionais com as quais todos os cidadãos devem sempre e necessariamente contar em face da repressão estatal. Ao contrário, o que se pretende aqui é potencializar o desenvolvimento de outras formas de resposta às demandas da sociedade, que, diferentemente da simples e usual responsabilização posterior dos “culpados” por eventuais práticas ilícitas, permitam à instituição atuar preventivamente sobre as causas e condicionantes das violações de direitos fundamentais e cobrar providências diante das omissões do Estado na proteção e promoção desses direitos.

A democratização que a instituição precisa parece ser uma necessidade mais premente no plano institucional e administrativo do que propriamente no desempenho das atividades finalísticas, embora a estas também possa ser relacionada.

Nesse sentido, cabe não apenas rediscutir a representatividade na composição da chefia e dos órgãos colegiados da instituição (notadamente, no Conselho Superior do Ministério Público, Colégio de Procuradores e Ouvidoria) mas também debater as possibilidades de abertura de espaços democráticos de diálogo, interlocução e participação¹⁰ que tornem a instituição ministerial mais permeável ao “povo”.

Para tanto, é preciso pensar na abertura político-institucional do Ministério Público à “sociedade civil” na aproximação necessária entre a instituição e outros atores sociais interessados nos processos de conscientização, educação popular, implementação e efetivação de direitos, tais como organizações não-governamentais, sindicatos, associações, observatórios sociais, defensores de direitos humanos e, em especial, os movimentos sociais e populares. A interlocução com essas mobilizações permite uma melhor percepção dos problemas públicos e também da pluralidade de pontos de vista sobre eles, bem como da complexidade dos interesses presentes em seu entorno.

Mais do que isso, a instituição também pode e deve se acerrar dos espaços de produção de saberes, debates e intervenções qualificadas sobre os problemas sociais relacionados ao seu âmbito de atuação, tais como centros de pesquisa, projetos de extensão universitária, conselhos profissionais e fóruns de discussão da sociedade civil. Nutrir-se dos conteúdos produzidos nesses espaços possibilita uma intervenção jurídica mais qualificada e menos simplista sobre os problemas públicos.

Em verdade, entende-se que ambos os eixos propostos de contato com a sociedade permitiriam uma atuação ministerial mais informada e constitucionalmente adequada, tanto nas áreas em que ela é mais visível – como na atuação como titular da ação penal e na proteção do patrimônio público – quanto naquelas ainda incipientes, tais como a proteção dos direitos das minorias, na defesa da educação, do urbanismo ou do (efetivo) controle externo da atividade policial (hoje praticamente inexistente), etc.

9 Não se trata de uma “equação” simples, certamente, mas de uma para a qual o constitucionalismo dispõe, ao menos, de uma solução provisória: Pietro Costa observa que a tensão entre poder e direito, ou entre *voluntas* e *ratio*, atravessa toda cultura político-jurídica ocidental, sendo que a exigência de dosá-los “traduz-se em discursos, teorias, símbolos de legitimação, institutos jurídicos profundamente diversos, de acordo com contextos histórico-sociais, das formas culturais neles dominantes, dos interesses em jogo, dos conflitos em curso” a solução dada ao problema pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, profundamente enraizada nos projetos antitotalitários e na recusa das experiências fascistas, é a de uma cultura político-jurídica em que domina “a convicção de que democracia e direitos são conceitos necessariamente complementares: contra o aniquilamento totalitário da autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, tida como o centro de imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar não deseja ser um simples retorno ao parlamentarismo oitocentista, com algumas “correções” devidas à introdução do sufrágio universal (masculino e feminino). Ela será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana”(COSTA, Pietro. Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp. 236-255).

10 A importância de um debate como esse pode ser percebida a partir do reconhecimento de que as instituições públicas precisam responder aos desafios contemporaneamente colocados à legitimidade das soluções jurídicas, os quais exigem que o Estado seja (re)pensado no contexto de um novo paradigma jurídico, sobretudo diante do que Hespánha refere como um “deslizamento sensível da concepção de democracia” que “deixou de se satisfazer apenas com o cumprimento dos requisitos tradicionais da democracia representativa clássica – liberdades, sistema eleitoral inclusivo, processos parlamentares regulados de criação do direito, sujeição à lei de toda actividade do Estado. Passando a exigir mais coisas e coisas mais decisivas”(HESPANHA, Antonio Manuel António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 [2013], nº 1, p. 619-642), o que, diante de um direito premido entre o desajustamento do direito estatal à realidade social e normativa atual, por um lado, e o risco de abandono da legitimidade democrática do direito pelo tipo de regulamentação “que tende a predominar numa sociedade desigual e sujeita à manipulação por parte dos poderes hegemônicos” sugere a necessidade de “um aprofundamento da democracia, tanto no plano estadual, como em planos extra-estaduais, pela promoção da participação na regulação de múltiplas entidades representativas, nelas incluindo o próprio Estado democrático, ele mesmo reformado no sentido de assegurar uma participação cidadã mais ampla e profunda”(HESPANHA, António Manuel. Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez. 2015, pp. 4-53). Sobre os possíveis méritos (mas também a não-inevitabilidade) de um possível novo paradigma baseado nessa premissa, o mesmo autor lembra que “todos os grandes modelos jurídicos dependem de opções, dirigidas mais ou menos indiretamente por interesses de vária ordem, afinal tão arbitrários como as opções de um parlamento ou de um legislador. Porém, esta arbitrariedade pode ser parcialmente reduzida, tanto pela discussão bem organizada (igualitária, participada, transparente, com regras), como pela adoção de formas muito participadas e inclusivas de tomar decisões normativas”(Idem, *Ibidem*). Ressalva, porém, que “mesmo esta discussão só muito dificilmente (quase nunca; sejamos claros, nunca ...) escapará a preconceitos ou ao peso esmagador do senso comum ou da pura e simples manipulação mediática”(Id., *Ibid.*), o que também sugere alguma cautela.

Para além do já exposto, de modo coerente ao que ora se sustenta, como prova de disposição da instituição para tal abertura, propõe-se que a Ouvidoria do Ministério Público, como canal de interlocução com a sociedade, seja ocupada por membro externo à instituição, com mandato fixo e possibilidade de recondução, tal como ocorre, exemplarmente, em algumas Defensorias Públicas.

Mais do que isso, outras possibilidades de participação da sociedade civil na estrutura institucional do Ministério Público podem ser cogitadas e debatidas, para o que se pode aprender com a experiência dos conselhos sociais relacionados ao controle, elaboração e monitoramento de políticas públicas, instituídos pela legislação federal para o desenvolvimento das políticas nacionais preconizadas pela Constituição da República de 1988. Por que não a criação de colegiados compostos de membros da carreira do Ministério Público e de representantes da sociedade para acompanhamento, monitoramento e planejamento das ações institucionais, especialmente para a decisão de questões relevantes no plano administrativo (tais como a criação de órgãos de execução, orçamento, política de atuação e planejamento, prioridades no provimento de recursos humanos, etc)?

Outra proposta, sem prejuízo de maior integração institucional do Ministério Público com a Defensoria Pública – que deve ser levada a cabo urgentemente, em nome dos interesses públicos primários a que deve atender o sistema de justiça –, é a de uma aproximação institucional do Ministério Público com as redes de Assessoria Jurídica Popular¹¹ e com grupos e coletivos autônomos de Advocacia Popular, e também com as Clínicas de Direitos, Serviços de Assessoria Jurídica Popular, Escritórios-Modelo de Universidades Públicas e Projetos de Extensão Universitária ligados à proteção de direitos coletivos e individuais indisponíveis. Afinal, tais atores estão constantemente em contato direto com a população mais vulnerável e marginalizada, que tem seus direitos sistematicamente negados. Por essa razão, é este o tipo de advocacia mais relevante para permitir a reflexão e a ressignificação do agir ministerial no cumprimento de sua missão constitucional.

Sem prejuízo dos debates e propostas apresentados, cabe também ao Ministério Público discutir a sua democracia interna, o que pode passar pela revisão do processo de escolha da Chefia do Ministério Público, que hoje ocorre por uma eleição interna que empresta capacidade eleitoral ativa apenas a seus membros (e não a reconhece sequer aos seus servidores, que também constroem diariamente a atuação institucional), não conferindo qualquer espaço de participação à sociedade civil, tema que precisa ser amplamente debatido (inclusive pelos movimentos sociais e populares), buscando-se maior permeabilidade da instituição às demandas legítimas da população, principal destinatária da atuação constitucional do Ministério Público. Se a instituição não tiver a sabedoria de abrir este caminho por dentro, é bem possível que esta medida seja imposta por outros meios, via pressão ou mobilização popular, tão logo haja maior preocupação da população com a representatividade e responsividade não apenas dos representantes eleitos e temporários do Executivo e Legislativo, mas também com os membros das carreiras do denominado sistema institucional de justiça.

Em tempos de crise e crítica do Estado e de suas instituições (e via de consequência de debate sobre o caráter transformador ou reacionário do direito), as instituições do sistema de justiça, dentre as quais o Ministério Público, estão obrigadas, queiram ou não, a repensar sua estrutura e atuação na perspectiva de uma democracia substancial, sob pena de ver esvaziada a sua legitimidade enfraquecida gradualmente, com risco de perda da credibilidade de que ostenta junto à população – ou, ao menos, da parcela suficientemente intelectualizada, crítica e “esclarecida” da sociedade que, independentemente da cobertura oportunista exageradamente laudatória (ou parcialmente destrutiva) dada à instituição por certos meios de comunicação social, consegue desenvolver alguma consciência e clareza sobre suas virtudes e vícios.

O Ministério Público, como instituição do sistema de justiça, longe de se bastar por si, precisa de permanente atualização e de um esforço de “tradução” das demandas mais relevantes da sociedade, tomando em consideração, inclusive, as reivindicações e críticas de que são portadores os movimentos sociais e populares.

Afinal, esses movimentos expressam as necessidades do povo, categorias não raras vezes negligenciadas pela gestão administrativa e pela atuação cotidiana extrajudicial e judicial das instituições do sistema de justiça, constatação crítica que exige a instauração de um debate sobre a atuação do próprio Ministério Público como instituição¹².

11 RIBAS, 2015, p. 197: “Pelos depoimentos percebe-se que a assessoria jurídica popular articula-se com os movimentos populares de maneira educativa e orgânica. A luta pelos camponeses pela terra com ocupações no Brasil esteve acompanhada desde o início por advogados. Mesmo que não houvesse uma entidade que os reunisse, havia articulação a partir de partidos e organizações religiosas, por exemplo. As entidades e redes de advocacia surgiram como consequência de muitas articulações anteriores, que precisam ser melhor compreendidas. Constata-se ainda que os movimentos sociais instauram na política brasileira uma nova relação de contestação e integração da sociedade civil com o Estado”.

12 Contrastadamente, cabe destacar que, como observa Antônio Manuel Hespanha, o constitucionalismo brasileiro já desenvolveu “uma série de instrumentos dogmáticos que fomentam a irradiação do ‘núcleo ideológico’ da Constituição, como Carta Magna da cidadania” inclusive “exigindo que o âmbito dos direitos constitucionais inclua a disponibilização dos meios processuais para os usar, com generalidade e igualdade, o que inclui a preocupação com o acesso à justiça, mas também com a tutela da efetividade das políticas sociais do Estado por parte do Ministério Público” (HESPANHA, Antônio Manuel. *As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, p. 7).

Antes de restar apegado a uma lógica moderna, colonial e capitalista que conspira para a acumulação de prerrogativas e para uma concepção fechada e fetichista da instituição, não raro utilizadas para a conservação de um estado predominante de injustiça, como ocorre no Brasil e na América Latina, a busca de um Ministério Público mais “popular” e menos elitizado, mais coerente e substancialmente democrático, preocupado não apenas com a regulação, mas com a libertação e com as necessidades do povo, primeiro e último detentor do “poder em si” (*potentia*¹³), é que pode mostrar que a instituição está presente e operando conforme a Constituição¹⁴.

Por incrível que pareça, inserir o Ministério Público em um contexto de democracia ampliada e de alta intensidade¹⁵, “desde baixo” – mesmo quando se trata de uma instituição que sequer possui suficiente democracia representativa na escolha da sua chefia institucional ou na composição dos seus principais órgãos colegiados, para se ficar apenas em alguns exemplos, – é o maior desafio para o Ministério Público¹⁶ no século XXI, pelo menos para o Ministério Público que queira deixar a roupa do velho para assumir a cara do novo.

Em suma, como conclusão objetiva, sustenta-se a necessidade de o Ministério Público adotar, de modo exemplar, inclusive frente às demais instituições do sistema de justiça, tanto no âmbito interno, quanto externo, modelos normativos de democracia crítica¹⁷ e de alta intensidade, notadamente, para além da representação, a participação, a deliberação e a radicalidade, de modo a estabelecer a necessária relação de proximidade com o povo e com os movimentos sociais populares, legítimos destinatários da atuação da instituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, Brasília, 2012.

BORDIEU, Pierre. Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp. 236-255.

DE SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DOIMO, Ana Maria. A vez e a voz do popular. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

DUSSEL, Enrique. Política de la Liberación: Arquitectónica. Madrid: Trotta, 2009.

13 DUSSEL, 2009, p. 59: “*Deberemos distinguir entre potentia (el ser oculto, el poder de la comunidad política misma) y potestas (el fenómeno, el poder delegado por representación, ejercido por acciones política a través de instituciones)*”.

14 Aliás, a propósito da Constituição da República de 1988, cabe lembrar que, como observa Leonardo Barbosa, a “grande inovação do processo constituinte de 1987-1988 reside em sua abertura à participação da sociedade civil e dos cidadãos em geral” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. História constitucional brasileira : mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, Brasília, 2012, p. 231), sendo possível dizer que “a participação social na Constituinte (...) inaugurou uma nova prática constitucional no Brasil. Essa nova prática construiu seu espaço no processo de elaboração da Constituição de 1988, por meio da invenção de procedimentos que permitiram uma mobilização intensa da esfera pública em torno dos principais debates constituintes” (*Idem*, p. 211-212).

15 Uma democracia que não se resume à democracia eleitoral do paradigma liberal-burguês e representativo, que se limita a ser uma democracia do poder delegado não raras vezes fetichizado; uma democracia que reconhece que o poder em si é sempre do povo e que o poder delegado precisa ser exercido como poder obediencial ao povo e não autorreferente; uma democracia compatível com a demodiversidade e centrada nos desdobramentos da ideia de “participação” e de protagonismo popular. SOUSA SANTOS, 2016, p. 12: “A história da democracia ao longo do século XX foi em boa parte contada por aqueles que tinham um interesse, não necessariamente democrático, em promover certo tipo de democracia, a liberal, e invisibilizar, ou, quando impossível, demonizar outros tipos de democracia. (...) A segunda década do milênio está dominada, talvez como nunca, de pelo monopólio de uma concepção de democracia de tão baixa intensidade que facilmente se confunde com a antidemocracia”.

16 Não só para o Ministério Público, mas para o sistema de justiça como um todo, incluindo-se Poder Judiciário e Defensoria Pública.

17 O qualificativo “crítica” aqui, diz respeito à (pré-)compreensão da democracia como parte do projeto de uma ética crítica, como aquela preconizada por Enrique Dussel, que passa pela crítica negativa das normas, atos, instituições ou sistemas que produzem sofrimento e que negam a vida e a dignidade das vítimas, as quais devem ser reconhecidas como sujeitos iguais e dotados de liberdade para participar da comunidade de argumentação consensual (nível crítico material da ética); pelo questionamento da verdade prática, legitimidade e validade daquelas normas, ações, instituições ou sistemas a partir da comunidade crítica de comunicação das vítimas (nível crítico formal da moral); e pela transformação de normas, ações, instituições e sistemas de eticidade a partir do critério da possibilidade da vida e da dignidade das vítimas (nível crítico da factibilidade da ética). Nesse sentido, também se poderia falar na adoção de um horizonte de democracia *substancial*, no sentido de uma democracia “para o povo” (e não apenas para uma minoria privilegiada), assumida também como *valor* e não apenas como *método*.

DUSSEL, Enrique. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GRAMSCI, Antonio. Cadernos do Cárcere. Volume VI. 2a edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013.

HESPANHA, António Manuel. Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez. 2015, pp. 4-53.

HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 1, p. 619-642.

KASHIURA JUNIOR, Celso. AKAMINE JUNIOR, Oswaldo. DE MELO, Tarso. Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões, Editorial Dobra, 2015.

RIBAS, Luiz Otávio. Direito insurgente na assessoria jurídica de movimentos populares no Brasil (1960-2010). Tese de Doutorado em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A difícil democracia: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NOS ESPAÇOS DE PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

“santo de casa não faz milagre”? ¹

MARIA CLARA COSTA PINHEIRO DE AZEVEDO*

DANIELA CAMPOS DE ABREU SERRA *

HOSANA REGINA ANDRADE DE FREITAS*

MARIA CAROLINA SILVEIRA BERALDO*

MONICA LOUISE DE AZEVEDO**

ANA TERESA SILVA DE FREITAS***

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E SUA FUNDAMENTAÇÃO:

A desigualdade de gênero entre os membros que integram o Ministério Público dos Estados é acentuada e fica mais gritante nos cargos e funções de poder decisório e administrativo, conforme dados quantitativos coletados no Brasil. Indispensável e urgente que ações afirmativas sejam desenvolvidas internamente para reduzir essa distorção, em uma política institucional a ser construída em âmbito nacional, que integre um conjunto de medidas a partir do ingresso no concurso público e que atinjam a definição de percentual de representatividade e de alternância nos cargos e funções de Direção às mulheres, a garantir a isonomia de gênero, concebida como direito fundamental e defendida pelo Ministério Público em suas ações externas (art. 5º, I, e 127 da CF).

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) - ** Ministério Público do Paraná (MPPR) - *** Ministério Público do Maranhão (MPMA)

ENUNCIADO:

Diante da análise dos dados quantitativos apresentados, ficou demonstrada a flagrante desigualdade de gênero na esfera interna do Ministério Público, o que ressalta a incoerência institucional de atuação nessa área, que se volta somente às questões externas e que não altera a sua realidade interna, sendo indispensável a construção de uma política nacional a garantir a participação efetiva das mulheres no Ministério Público Brasileiro, em especial nos cargos e funções decisórias, a reduzir essa distorção.

1. JUSTIFICATIVA E PERTINÊNCIA DO TEMA

Na área de política institucional e administrativa, a analisar o desempenho do Ministério Público frente às suas atribuições constitucionais (arts. 38, III, e 40, I, do RI do XXII Congresso Nacional do MP) enfrenta-se nesta tese a desigualdade de gênero na composição do Ministério Público brasileiro e, especialmente, em seus espaços de poder institucional e administrativo. Em busca nos instrumentos de acesso à internet não foram detectadas investigações similares, o que evidencia o provável ineditismo desta pesquisa, o que é corroborado pela ausência de banco de dados sobre essa questão.

Destaca-se a importância do tema devido à inexistência de proposições e de uma política institucional interna que contemple a redução da desigualdade de gênero no Ministério Público. Com a coleta e apresentação de dados quantitativos, alguns por amostragem, apresenta-se a confirmação de uma realidade indutiva: a de que as mulheres, além de serem a minoria de membros do Ministério Público brasileiro, têm participação ainda mais reduzida à medida em que se analisam as composições dos cargos e funções de poder no Ministério Público dos Estados e os espaços de formulação de políticas institucionais. Portanto, a partir de um debate amplo, no espaço do XXII Congresso Nacional do MP, busca-se a construção de uma política para promoção de maior igualdade de gênero dentro do Ministério Público brasileiro.

2. INTRODUÇÃO

Apesar de ser incumbido, no exercício de sua missão constitucional de defesa do regime democrático e do compromisso com os objetivos fundamentais da República brasileira, da promoção do “bem de todos, sem preconceitos, entre outros, de sexo ou outras formas de discriminação”, quando se trata da promoção da igualdade de gênero, o Ministério Público Estadual brasileiro, ainda precisa trabalhar esses mesmos preceitos sob o aspecto interno institucional.

Não há discussão sobre a presença das mulheres na política institucional e nos cargos de poder, a despeito da própria missão constitucional dos Ministérios Públicos Estaduais de promover o enfrentamento das discriminações em relação a gênero.

Quando se trata da promoção da igualdade de gênero pelo MPE brasileiro, em que pese ainda ser preciso fazer muito mais, é possível identificar uma série de iniciativas com objetivos variados de atuação externa para busca da igualdade de gênero. Ocorre que, apesar de tal consectário por vezes ser um lema da instituição em sua atuação externa, o que se percebe é uma incoerência de atuação no aspecto interno institucional, sendo poucas ou nenhuma medida adotada nesse sentido. Daí a reflexão acerca do ditado popular: “santo de casa não faz milagre”?

O interesse no tema surgiu da identificação da ausência de debate interno no Ministério Público acerca da questão de gênero. Apesar das mulheres serem minoria na instituição, não se registra relevantes formas de discussão sobre essa questão e, conseqüentemente, não existe nenhuma medida para proteção desse grupo e incentivo à sua participação mais efetiva, em especial, na política institucional e nos cargos de poder.

A pesquisa iniciou-se a partir da observação empírica de Promotoras de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em seu Estado, verificaram que as mulheres são cerca de 1/3 (um terço) do corpo de membros e, quando se trata da participação feminina na Administração Superior do Ministério Público, esse número é ainda menor. Partiu-se da análise de dados locais de uma realidade específica, conhecida, que intuitivamente conduzia a confirmação da hipótese em uma dimensão maior. Assim, pensando em formas de atuação para estimular o debate de forma qualificada, formulou-se a proposta de obtenção de dados mais precisos, com o objetivo de elaborar esta tese, a ser apresentada no XXII Congresso Nacional do Ministério Público da CONAMP, em setembro de 2017, em Belo Horizonte.

A garantir que as análises e reflexões não ficassem adstritas a um único Estado brasileiro, foram convidadas Promotoras de Justiça integrantes de outros Ministérios Públicos Estaduais, iniciando-se a construção da pesquisa, cujo projeto definiu, como objetivo geral, apresentar para o debate, na área de política institucional, a questão de gênero nos órgãos da Administração Superior do MPE brasileiro, no XXII Congresso Nacional do Ministério Público. A partir de uma abordagem indutiva, constatada na realidade do MPMG, foi escolhida, a subsidiar a pesquisa, a coleta de dados quantitativos, alguns por amostra-

gem, em uma hipótese de que o panorama geral dos Ministérios Públicos nos Estados do Brasil, espelhasse o que os dados da realidade mineira já demonstravam. Como objetivos específicos, definiu-se: coletar informações sobre a questão de gênero nos órgãos da Administração Superior do MPE brasileiro; tabular os dados e elaborar gráficos e/ou tabelas; refletir sobre a questão de gênero nos órgãos da Administração Superior do MPE brasileiro; e elaborar propostas para a redução dessa desigualdade interna. O recorte temporal estipulado foi de janeiro de 2007 a dezembro de 2016, contemplando uma década de análise para a amostra. Definiu-se ainda apresentar dados atuais, demonstrados na integralidade.

Os dados quantitativos, relativos aos dados atuais, referentes ao número completo de membros, Procurador Geral de Justiça, Colégio de Procuradores e aprovação em concursos públicos, foram coletados diretamente pelas autoras, em pesquisa dedicada e comprometida, em todos os Ministérios Públicos dos Estados, expressando a realidade em sua totalidade. Os demais dados, no período de dez anos, por amostragem, foram colhidos junto a 12 (doze) Estados, que atenderam à solicitação da pesquisa, formulada através da ENAMP - Escola Nacional do Ministério Público - aos Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil. Ressalta-se que não foram colhidos dados do Ministério Público da União, concentrando-se a pesquisa no universo dos MPEs.

A pesquisa quantitativa é expressiva por abarcar, em dados atuais, o registro numérico dos membros do Ministério Público, homens e mulheres, no Brasil, e por retratar, em um lapso temporal significativo de dez anos, como tem sido a distribuição de cargos e funções de Direção no Ministério Público.

Parte-se do entendimento de que a questão de gênero é obrigatória na composição de uma sociedade mais justa, livre e solidária e que precisa ser debatida no âmbito interno dos MPEs, de modo a subsidiar a construção de uma maior e mais efetiva participação das mulheres em áreas estratégicas da instituição.

A exposição inicia com uma contextualização histórica e conceitual, para, em seguida, fazer a análise qualitativa dos dados quantitativos apresentados, a partir da fundamentação teórica de base constitucional, em dois momentos: nas Promotorias e Procuradorias de Justiça, na Procuradoria Geral de Justiça; e nos demais cargos de Direção. Finaliza-se o texto com propostas objetivas para a redução dessa desigualdade.

3. AS MULHERES NA HISTÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

No contexto atual, o Ministério Público brasileiro, no papel de agente da transformação social² e garantidor da indução dos objetivos fundamentais da República calcados no Artigo 3º do texto constitucional, tem como desafio promover a redução das desigualdades de diversas naturezas, entre elas a de gênero. Se pairam poucas dúvidas a respeito desse papel do Ministério Público em sua atuação externa, nota-se, ainda, pouca discussão (e ação) sobre a maior participação feminina em âmbito interno institucional. Tanto essa discussão quanto a participação efetiva de mulheres nos quadros ministeriais são históricas.

Ainda são parcas e pontuais as produções científicas e literárias acerca da participação feminina no Ministério Público brasileiro. O Procurador de Justiça mineiro Joaquim Cabral Netto, reconhecido estudioso da História do Ministério Público brasileiro, registra:

[...] foi de um ineditismo muito grande, então, uma mulher ser nomeada promotora de justiça, ainda mais porque, em uma sociedade que estava habituada a lidar com o mando dos ‘coronéis políticos’, não se tinha as mulheres em conta de atividade de atuação no meio jurídico. A presença das mulheres no Brasil como integrantes dos quadros do Ministério Público foi registrada pela primeira vez em 1935, em Minas Gerais. Em 14.6.1935, Iracema Tavares Nardi, formada em Direito em São Paulo pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1934, foi nomeada Promotora de Justiça na Comarca de Guaranésia. [...] Até onde registros de fontes históricas nos permitiram adentrar, na gênese do Ministério Público, ela se tornou a primeira Promotora de Justiça da América Latina.³

A chegada de uma mulher aos quadros do Ministério Público veio, assim, três anos após as mulheres conquistarem o direito ao voto no Brasil⁴ e nove anos antes do registro da primeira presença de mulheres na magistratura brasileira. A esse respeito, note-se que a primeira mulher a tornar-se Juíza no Brasil, Thereza Grisólia Tang, ingressou na Magistratura de Santa Catarina em 1954, e manteve-se na condição de única mulher magistrada naquele Estado por quase vinte anos⁵.

2 A perspectiva de agente da transformação social é extraída da doutrina institucional do Promotor de Justiça paulista Marcelo Pedroso Goulart: *pelo perfil delineado na Constituição de 1988, o Ministério Público pode ser definido como órgão da sociedade civil. De acordo com a vontade do constituinte (da sociedade brasileira), a Instituição integra essa esfera do Estado para nela cumprir o papel de ‘agente da vontade política transformadora’, responsável pela construção da hegemonia democrática* (GOULART, Marcelo Pedroso. “Elementos para uma teoria geral do Ministério Público”. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013).

3 CABRAL NETTO, Joaquim. “Ministério Público do Brasil – visão diacrônica de sua transformação”. In Ministério Público – vinte e cinco anos do novo perfil constitucional, São Paulo, 2013, p. 182-208. p.201-202.

4 Cf. Decreto 21.076 do Código Eleitoral Provisório, de 1932.

5 Cf. <https://amab.jusbrasil.com.br/noticias/1972960/morre-a-primeira-juiza-do-brasil>, último acesso em 16.07.17 às 10h38.

Esses registros revelam que o Ministério Público refletia, em alguma medida, mesmo que incipiente, os avanços de gênero que estavam sendo conquistados pela sociedade brasileira. Por outro lado, esse aparente pioneirismo não resultou em uma progressiva conquista de igualdade intrainstitucional. Ainda que atualmente a participação na carreira (ingresso, progressão e presença na política institucional e nos cargos de poder) seja feita por meio de condições tidas pelo senso comum como iguais entre homens e mulheres, cabe a reflexão sobre ser essa igualdade formal ou real e, para tanto, importante o registro histórico sobre a participação feminina como um todo.

A perspectiva feminista que permeia as reflexões que serão desenvolvidas nesta tese merece ser destacada, haja vista as diversas construções distorcidas cada vez mais disseminadas a seu respeito no contexto atual brasileiro. Neste sentido, a perspectiva feminista pode ser compreendida como o conjunto de movimentos sociais, políticos, ideologias, filosofias e teorias com o objetivo comum de promover a igualdade entre homens e mulheres. As abordagens feministas remontam às conquistas pelos direitos patrimoniais e contratuais iguais aos homens, passando pelo direito ao voto, à autonomia e integridade do próprio corpo, direitos reprodutivos e contraceptivos, até a diversificação experimentada no início do século XXI, ocasião em que emergiram questões como violência doméstica, desigualdade étnico-racial agravada pelo gênero, assédio sexual e estupro.

Importante para os trabalhos, nesta linha, o conceito de categoria gênero, que também merece ser apresentado. Como tal foi concebido nos anos 1970, tendo seu uso sido disseminado nas ciências nos idos dos anos 1980 e se refere à construção social do sexo em que mulheres e homens não são entendidos como mera decorrência da anatomia dos corpos, mas sim produtos da realidade sociocultural. A partir dessa premissa é que Simone de Beauvoir, na obra “O Segundo Sexo”, afirma que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”⁶. A ideia por trás dessa proposição é que a sociedade atribui funções às pessoas a partir de suas diferenças biológicas. Feminino e masculino são associados a determinados padrões de comportamento e ligados socialmente a homens e mulheres, numa associação dicotômica: homem masculino, mulher feminina – construção, portanto, que atribui funções e comportamentos aos corpos biológicos, às quais esses devem corresponder e se encaixar. Tratam-se de elaborações simbólicas, nas quais às diferenças sexuais são atribuídos diferentes papéis aos indivíduos na organização social, econômica e política.

Daí porque torna-se importante distinguir e separar os conceitos de sexo e gênero, na medida em que sexo é um conceito marcado pela biologia e abordagem essencialista da natureza, enquanto gênero abarca a amplitude da construção histórica, social e política que implica abordagem relacional. Assim, como ensina Marlise Matos, o estudo de gênero atravessa as subjetividades individuais, as instituições, as culturas e as linguagens⁷, constituindo-se como uma ferramenta que ajuda a pensar o mundo e suas desigualdades para, então, superá-las.

A discussão de gênero refere-se ao modo como mulheres e homens estabelecem as relações entre si e na sociedade, sobre como cada um desempenha os papéis que lhes são atribuídos culturalmente. Mulheres e homens diferem-se biologicamente pelo sexo, mas também são social e culturalmente diferentes. E essas diferenças não se dão pela pura e simples diferença de natureza imposta biologicamente pelo sexo, mas principalmente porque a sociedade impõe oportunidades desiguais e assim torna-os efetivamente desiguais. Uma vez que se compreende que papéis de homens e mulheres são socialmente construídos, também se compreende que esses mesmos papéis são passíveis de desconstrução e reconstrução.

As Histórias do Ministério Público brasileiro e do feminismo, em especial a partir da década de 1990, entrelaçam-se na medida em que, no exercício das atribuições constitucionais, o Ministério Público, na consecução do objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a redução das desigualdades, protagonizou importantes iniciativas de indução de políticas públicas para enfrentamento da desigualdade de gênero.

Uma breve pesquisa pelos *sites* institucionais dos diversos ramos do Ministério Público brasileiro é suficiente para verificar uma dezena de iniciativas em que, seja através de órgão de apoio ou de execução, seja como responsável direto ou indireto, a indução de políticas públicas relacionadas à diversidade de gênero constitui estratégia institucional para promoção da igualdade.

Sem qualquer pretensão de esgotar, mas como forma de exemplificar essas atuações Ministeriais, citam-se alguns desses exemplos: “Núcleo de Gênero” (MPSP), “Comitê Gestor de Gênero e Raça” (MPF), “Questão de Gênero” (MPMT), “Coordenação de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho – Coordigualdade” (MPT), “Centro de Atendimento à Vítima” (MPAC) e “Curso de Formação de Promotoras Populares de Defesa Comunitária” (MPMG).

Tais exemplos evidenciam que é possível identificar-se, nos mais diversos ramos do Ministério Público brasileiro, iniciativas que objetivam a promoção da igualdade de gênero e a indução de políticas públicas para o enfrentamento da desigualdade de gênero na sociedade brasileira. Ou seja, a questão de gênero é pensada para fora da instituição. Entretanto, quando se trata da reflexão e do enfrentamento em relação à desigualdade de gênero interna no Ministério Público brasileiro, percebe-se que não há o reconhecimento dessa desigualdade como fenômeno social, também experimentado nos diversos ramos do Ministério Público. Daí a importância de situar-se o lugar de fala desta tese a partir do feminismo, tal como acima exposto.

6 BEAUVOIR, Simone de. “O Segundo Sexo: a experiência vivida”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p.9.

7 MATOS, Marlise. “Teorias de gênero ou teorias e gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um *campo novo* para as ciências”. In Estudos Feministas, Florianópolis, v.16, n.2, 2008, p.333-357. p.3

4. A PRESENÇA DAS MULHERES COMO MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO PROCURADORAS GERAIS DE JUSTIÇA E COMO MEMBROS DO COLÉGIO DE PROCURADORES

A análise dos dados numéricos acerca da questão de gênero tem grande relevância para o desenvolvimento dos Ministérios Públicos Estaduais, uma vez que reflete o retrato da composição de cada uma das instituições, além de indicar quais serão as diretrizes que devem ser tomadas do ponto de vista político, no intuito de viabilizar os preceitos de igualdade e democracia. Neste estudo, fez-se um levantamento dos dados acerca da participação feminina nos MPEs e, em especial, na administração superior de cada uma das instituições. Um dos primeiros aspectos com que a pesquisa se deparou foi com o tratamento marginal da questão de gênero no âmbito intrainstitucional.

O primeiro sinal de que a questão de gênero é marginalizada em âmbito ministerial, emergiu do fato que os MPEs não possuem dados compilados acerca da participação feminina, mas sim, passaram a levantá-los após as solicitações feitas pelas autoras diretamente aos setores de recursos humanos de cada instituição e também ao Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP), através da ENAMP – Escola Nacional do Ministério Público.

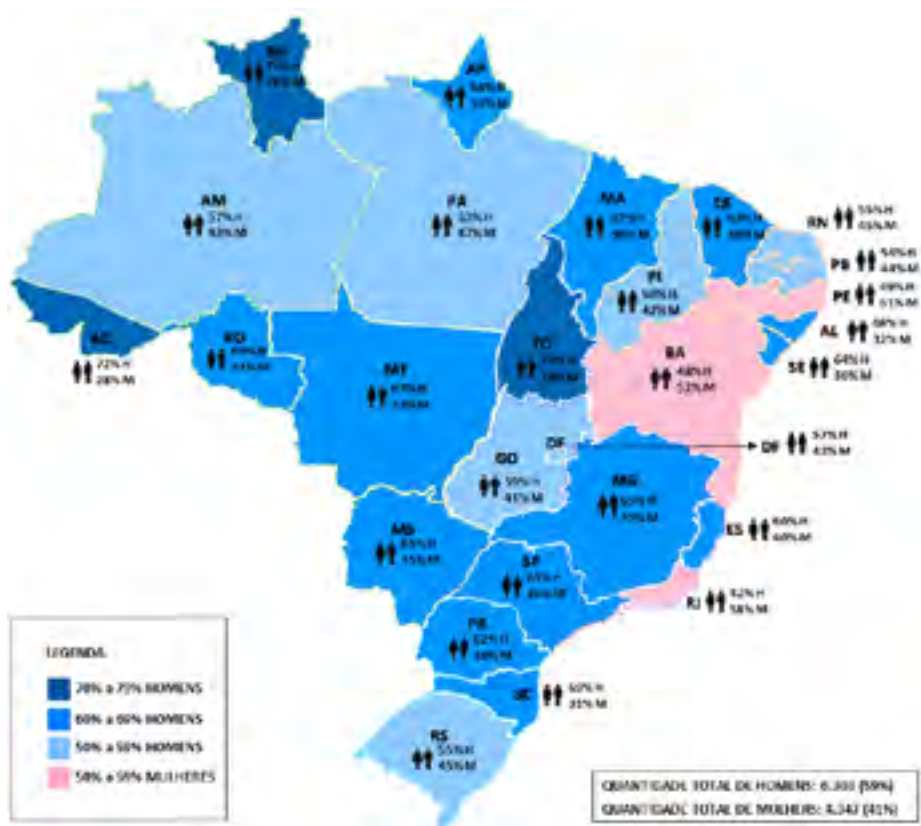
Inicialmente, cumpre ressaltar que em todo país há, conforme dados de 2016, 10.650 membros ministeriais, dos quais 6.303 (59%) são do sexo masculino e 4.347 (41%) são do sexo feminino. Esse primeiro dado já revela uma constatação óbvia de que a participação feminina nos órgãos ministeriais não reflete a realidade da população brasileira, na qual 51.6% são mulheres, segundo dados do IBGE do ano de 2014.

Outro aspecto importante é que, apesar de ter havido um aumento no número de mulheres que acessam o ensino universitário, esse avanço não se reflete no ingresso de novos membros nos MPEs. O levantamento dos dados dos aprovados no último concurso de cada um dos Estados mostra que, nos mais recentes certames para seleção de Promotores de Justiça, tiveram êxito 544 mulheres frente a 1.216 homens, o que traz uma média nacional de aprovações de 31% de mulheres contra 69% de homens. Tal cenário levanta o preocupante quadro de que, a se manter essa tendência, a participação feminina nos Ministérios Públicos do Brasil será reduzida, tendo em vista a taxa de aprovação masculina (69%) ser superior à proporção de homens já presentes nos quadros dos Ministérios Públicos do Brasil (59%). A conclusão evidente é que, em termos de composição feminina nos quadros ministeriais, está-se retrocedendo.

Ao passar-se à análise dos dados por regiões, as conclusões acima são reforçadas. Nota-se que as regiões Norte e Sul apresentam maiores quadros de desigualdade de representação de gênero. A região Norte conta com 62% de homens e 38% de mulheres na atuação ministerial, já a região Sul conta com 61% de homens e 39% de mulheres. A representação mais igualitária de gênero é encontrada na região Nordeste, com 54% de homens e 46% de mulheres.

Considerando as unidades estaduais da Federação, tem-se apenas 3 Estados nos quais o número de mulheres supera o de homens, quais sejam: Pernambuco (PE), Bahia (BA) e Rio de Janeiro (RJ). Todavia, mesmo nesses, as diferenças não são significativas e não ultrapassam os 10%, à exceção do Rio de Janeiro (RJ). Nos Estados que possuem maioria de homens, a diferença ultrapassa os 150%, como ocorre em Roraima, Acre e Tocantins, que contam os três com 72% de homens e tão somente 28% de mulheres nos seus quadros de membros. O mapa abaixo ilustra visualmente a situação ora narrada:

Mapa da proporção de membros dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros considerada por gênero



Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPEs

A par dessa constatada desigualdade de gênero entre membros, avulta em relevância, na sequência, a constatação da desigualdade de gênero no exercício dos cargos de Administração Superior e de Procuradores Gerais de Justiça no nosso país.

Considerando-se a natureza transitória do cargo de Procurador Geral de Justiça (PGJ), escolheu-se um recorte metodológico que considerou os anos de cada mandato. Dessa forma, cada ano de mandato corresponde a uma unidade para o referido cargo.

A pesquisa apontou que, apesar das mulheres serem 41% dos membros do Ministério Público, quando se trata dos cargos de Administração Superior, essa disparidade de representação aumenta, refletindo uma maior exclusão das mulheres da formulação da política institucional e das decisões que orientam os rumos do Ministério Público.

Verifica-se que, atualmente, segundo dados do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPJ), há apenas três mulheres Procuradoras Gerais de Justiça, as quais exercem os cargos nos Estados de Roraima (RR), Espírito Santo (ES) e Bahia (BA). Assim, as mulheres representam 11,5% dos membros do CNPJ, que agrega os Chefes de cada Ministério Público do Brasil.

O caso peculiar do Estado do Rio de Janeiro (RJ) ilustra bem a tese levantada neste estudo e merece ser destacado. Nessa unidade da Federação, apesar de haver maioria de 58% de mulheres, na última década não houve nenhuma Procuradora Geral de Justiça. Esse quadro é similar ao que ocorre nos cargos do poder executivo e legislativo no país: as mulheres são maioria da população, mas isso não se espelha nas cúpulas de poder.

Verifica-se, nos dados, que mesmo nos Estados nos quais há maioria feminina, as mulheres encontram dificuldade em alcançar a administração superior. Ao se analisar o quadro geral brasileiro, a desigualdade também é evidente.

No Brasil há 12 Estados, isto é, quase metade das unidades da Federação, que na última década não tiveram nenhuma Procuradora Geral de Justiça do sexo feminino, quais sejam: Amazonas (AM), Rondônia (RO), Pará (PA), Alagoas (AL), Pernambuco (PE), Rio Grande do Norte (RN), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Paraná (PR), Santa Catarina (SC), Mato Grosso

(MT) e Goiás (GO). Minas Gerais (MG) só não se encontra na lista porque, de 2 de outubro a 14 de novembro do ano de 2014, Maria Odete Souto Pereira assumiu o cargo, em razão da necessidade de desincompatibilização do então PGJ para disputa de nova eleição. Entretanto, pela circunstância absolutamente transitória de seu mandato, na prática, é como se Minas Gerais não tivesse contado com uma mulher na condução da Instituição. Tal situação demonstra que a participação feminina, quando se trata da assunção da principal cadeira do Ministério Público Estadual, é bastante pequena.

Destaca-se que entre janeiro de 2007 e dezembro de 2016, houve, considerando o parâmetro acima citado, 229 Procuradores Gerais de Justiça, dos quais somente 44 foram mulheres, isto é, apenas 16% do total. Este percentual, como já foi dito, está próximo àquele existente para os cargos eletivos do Poder Executivo e Legislativo, o que aponta para uma enorme discrepância da realidade da composição social brasileira. Consequentemente, tal situação delega a segundo plano as políticas voltadas para as mulheres e a visão feminina como instrumento de transformação dessas instituições.

Nesse mesmo sentido, no Colégio de Procuradores de Justiça, órgão da administração superior e de execução do Ministério Público, que é integrado por todos os Procuradores de Justiça em exercício e presidido pelo Procurador-Geral, as distorções quanto à participação feminina são claras. No Brasil há, hoje, 1.389 Procuradores de Justiça, dos quais 881 (64%) são homens e 508 (36%) são mulheres.

Ao analisar a composição dos Colégios de Procuradores de Justiça nas regiões do país, novamente, o Nordeste se destaca como aquele de maior paridade, na qual há 51% de mulheres e 49% de homens, sendo também a única região cujo número de mulheres supera o de homens. Já a região Sul desponta como a mais desigual (72% de homens e 28% de mulheres), seguida da região Norte (66% de homens e 34% de mulheres), região Sudeste (65% de homens e 35% de mulheres) e região Centro-Oeste (64% de homens e 36% de mulheres). O quadro revela, mais uma vez, que se há desigualdade na participação feminina entre os membros do Ministério Público do Brasil, quando se trata dos órgãos da administração superior, tal disparidade é ainda maior. A tabela abaixo contribui na visualização dessas discrepâncias.

Proporção de homens e mulheres nos MPEs e em seus cargos de Administração Superior

	HOMENS	MULHERES
Média Nacional de Membros	59%	41%
Média Nacional no Colégio de Procuradores	64%	36%
Média Nacional de Procuradores Gerais de Justiça	84%	16%

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPEs

Importante enfatizar que mesmo em Estados nos quais há maioria de mulheres no Colégio de Procuradores, existem casos onde nunca houve, na última década, uma Procuradora Geral de Justiça, são eles: Pernambuco, Amazonas, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro.

Do exposto emerge que, além de as mulheres serem minoria entre os membros do Ministério Público, quando se consideram os cargos de Chefia a disparidade torna-se ainda maior. Isso aponta para uma evidente necessidade de compreensão e tomada de ações pelos Ministérios Públicos do Brasil, no sentido de buscar a igualdade e a proteção das minorias não somente no trabalho ministerial junto à sociedade, mas também direcionando-as para o público interno da Instituição.

A percepção das desigualdades constatadas até aqui é reforçada pela análise da composição da Câmara de Procuradores de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público.

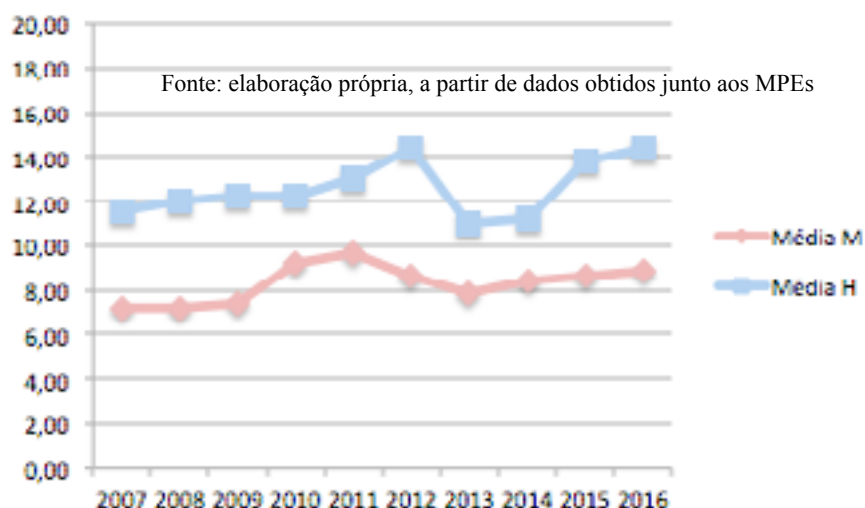
A Câmara de Procuradores é um órgão especial existente em alguns Estados, no âmbito do Colégio de Procuradores, composta por membros natos, mais antigos e eleitos. Apesar das especificidades de cada Estado, em regra, cumpre à Câmara de Procuradores de Justiça, entre outras atividades, reexaminar ato praticado ou decisão proferida pelo Procurador-Geral de Justiça, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e pelo Conselho Superior do Ministério Público, aprovar os projetos de criação, transformação e extinção de cargos e serviços auxiliares, além da proposta orçamentária anual, estabelecer critérios objetivos para a divisão dos serviços das Procuradorias e Promotorias de Justiça, processar e julgar o pedido de revisão de processo administrativo disciplinar, aprovar o regulamento do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público e da respectiva Escola de Aperfeiçoamento Funcional. Além disso, parte das atribuições do Colégio de Procuradores pode ser delegada à Câmara de Procuradores.

Membros de Câmaras de Procuradores divididos por Estado e gênero (2007-2016)

		2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
MPRJ	M	8	7	7	11	11	6	7	10	9	8
	H	14	15	15	11	11	16	15	12	13	14
MPAC	M	3	3	3	5	5	5	5	5	5	5
	H	7	7	7	9	9	9	9	9	9	9
MPRR	M	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4
	H	3	3	3	3	6	6	6	6	6	6
MPMG	M	4	4	4	4	4	5	2	2	4	4
	H	20	21	22	23	24	26	8	8	21	22
MPPE	M	17	18	19	22	24	23	21	21	21	23
	H	14	14	14	15	15	15	17	21	20	21
Média	M	7,20	7,20	7,40	9,20	9,60	8,60	7,80	8,40	8,60	8,80
	H	11,60	12,00	12,20	12,20	13,00	14,40	11,00	11,20	13,80	14,40

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPes

Evolução da composição por gênero das Câmaras de Procuradores (2007-2016)



Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPes

Membros dos Conselhos Superiores do Ministério Público divididos por Estado e gênero (2007-2016)

		MEMBROS NO CONSELHO SUPERIOR									
		2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
MPJU	M	5	5	5	3	4	3	3	2	2	3
	H	3	3	3	6	4	5	5	6	6	5
MPAC	M	2	1	1	1	1	2	2	1	1	4
	H	3	2	2	4	4	3	3	4	4	1
MPBA	M	5	10	5	9	4	14	7	10	2	8
	H	4	9	4	10	6	11	4	11	8	10
MPMA	M	3	3	3	4	4	5	5	4	4	3
	H	4	4	4	3	3	2	2	3	3	4
MPMS	M	1	3	3	2	3	3	1	1	2	2
	H	5	4	4	3	6	6	8	8	9	9
MPGO	M	0	2	2	6	5	3	2	2	1	3
	H	0	5	4	5	4	2	7	9	7	7
MPRR	M	8	0	2	0	3	0	3	2	4	1
	H	8	9	9	3	14	16	13	14	8	6
MPRR	M	3	3	3	3	3	3	2	0	0	0
	H	4	0	0	0	0	0	1	3	3	3
MPMG	M	2	3	0	6	2	1	3	2	1	3
	H	12	16	8	16	12	12	16	9	8	7
Média	M	3,22	3,33	2,67	3,78	3,22	3,78	3,11	2,67	1,89	3,00
	H	4,78	5,78	4,22	5,56	5,89	6,33	6,56	7,44	6,22	5,78

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPes

Evolução da composição por gênero dos Conselhos Superiores do Ministério Público (2007-2016)



Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos junto aos MPEs

A composição por gênero deste importante órgão, que já não era equilibrada há dez anos, sofreu expressiva redução da participação feminina, agravando um quadro que já era desfavorável e evidenciando um retrocesso significativo na busca da igualdade de gênero dentro dos órgãos Ministeriais. Mesmo no Rio de Janeiro e na Bahia, que apresentam no quadro geral uma maioria de membros mulheres, constata-se que essas perderam espaço ao longo dos anos. Situação semelhante pode ser observada no Estado do Paraná em que houve uma composição equânime entre homens e mulheres no ano de 2007 e, ao longo dos anos, os índices não foram mantidos, ocorrendo uma inversão, com considerável superioridade do gênero masculino.

5. DOS CARGOS E FUNÇÕES DE PODER NO MINISTÉRIO PÚBLICO

A diversidade dos Ministérios Públicos nos Estados da Federação, cada qual normatizado por legislação específica, reflete-se nos diferentes organogramas e divisão de funções estratégicas exercidas por seus membros, sendo certo que todos contam com os cargos de Procurador Geral e Corregedor, bem como funções de assessoria a estes para o exercício da administração superior da instituição, enquanto a função de Ouvidoria vem sendo gradativamente instalada.

Dentro do limite temporal dos dados analisados (2007 a 2016), e com base nos quantitativos fornecidos pelos 12 MPEs, verifica-se que algumas funções são diversificadas: previsão ou não da função de subprocuradores gerais, número de assessores em cada uma dessas instâncias de poder institucional e a previsão de núcleos ou centro de apoio em áreas de intervenção específica, ocupados por membros para o exercício de funções de confiança do Procurador Geral.

Uma circunstância, no entanto, é recorrente: tanto os cargos quanto as funções de poder sempre são majoritariamente exercidos por homens, e isso acontece mesmo nos MPs em que as mulheres são maioria (RJ e BA, conforme dados analisados).

Na Bahia, onde as mulheres são a maioria dos membros do Ministério Público desde o início do período analisado, apenas em 2016 há o registro de uma PGJ e mesmo neste caso sua assessoria é composta 80% por homens. Por outro lado, verifica-se uma equidade aparente nas funções de subprocuradores e em confiança, observada nos anos de 2008, 2011 e 2016, sendo que nos demais períodos observados a superioridade masculina é a regra, apesar da ligeira superioridade feminina na instituição, variando entre 51 e 52,8% no período pesquisado. No caso do Rio de Janeiro, embora o percentual de mulheres seja superior (entre 57 e 58% no período analisado), não há registro da chefia da instituição por uma mulher como PGJ. Os gabinetes da administração superior são igualmente chefiados por homens, que atribuem as assessorias e as funções de confiança majoritariamente a homens.

O Ministério Público de Minas Gerais registra uma mulher como PGJ nos anos de 2010 e 2014, e a chefia de gabinete predominantemente masculina em todos os períodos, assim como os cargos de assessoria da Procuradoria Geral, sempre em percentagem mais expressiva do que no quadro geral de membros. O Ministério Público do Mato Grosso registrou uma mulher no cargo de PGJ entre os anos de 2009 a 2016, com chefia de gabinete e ouvidoria também feminina, enquanto o Ministério Público do Mato Grosso do Sul registrou a presença feminina na chefia da instituição apenas no ano de 2007, com uma mulher na chefia de gabinete em 2008, ano posterior. No entanto, a assessoria manteve a percentagem aproximadamente equivalente de mulheres do geral da instituição, em torno de 30%.

O Ministério Público de Pernambuco, com percentagem entre 50 e 52% de mulheres na instituição, não registrou mulher no cargo de Procurador Geral no período da amostra, com subprocuradoras gerais apenas nos anos de 2010 e 2012 e presença feminina nessas funções, ainda que em minoria, nos demais anos. Em Goiás não há registro da presença feminina na chefia da Procuradoria Geral de Justiça nem na Corregedoria Geral do Ministério Público. Nas assessorias, no entanto, mantém-se a percentagem aproximada de 35% de mulheres, que compõem um pouco mais de um terço da instituição no período da amostra. No Ministério Público do Paraná tampouco houve mulheres na liderança da instituição no período analisado. Apenas a partir de 2011 registra-se, de forma tímida, a presença feminina na Procuradoria Geral de Justiça, com uma subprocuradora geral entre os anos 2012/2015. Na assessoria do gabinete, com registros apenas a partir de 2011, a presença de mulheres nas funções de poder foi inferior ao terço dos membros do sexo feminino na instituição.

Em linha ligeiramente diferente do padrão observado de exclusão feminina dos cargos de poder, no Ministério Público de Roraima, com número reduzido de membros, dos quais menos que um terço é composto de mulheres, registra-se a presença de uma mulher na Procuradoria Geral nos anos de 2011, 2015 e 2016, sendo a chefia de gabinete sempre feminina durante a década analisada, mesmo com um homem exercendo o cargo de Procurador Geral. A assessoria também é bastante igualitária.

A exceção definitiva à regra fica, entretanto, identificada no caso do Estado do Maranhão. Neste o Ministério Público se destaca pela presença constante de mulheres em cargos de chefia da instituição: de 2010 a 2016 é uma mulher que ocupa a Procuradoria Geral de Justiça. Além disso, a presença feminina em cargos de assessoria é mantida em percentagens semelhantes ao número de membros mulheres na instituição.

Quando se voltam as atenções para a análise da composição de gênero das Corregedorias, observa-se que quase todas as funções dessa no período analisado foram exercidas por homens. O cargo de Corregedor Geral do Ministério Público foi quase sempre posto reservado a homens ao longo da década analisada. Dos 11 Ministérios Públicos que forneceram os dados completos, apenas três registraram uma mulher na função de Corregedor Geral. Mesmo no Ministério Público da Bahia, composto em sua maioria por mulheres, no período analisado, a ausência feminina em cargos de poder é um fato: nenhuma mulher ocupou o cargo de corregedor na década analisada!

O Ministério Público do Rio de Janeiro, estado também com maioria dos membros do sexo feminino no período analisado, verifica-se que entre 2011 a 2014 uma mulher ocupou a Corregedoria Geral, com assessoria composta em sua maioria por mulheres naqueles períodos e nos demais, apesar da chefia da Corregedoria ser masculina, com exceção nos anos de 2009 e 2010, período anterior à eleição de uma mulher, no qual os homens eram em número superior.

No Ministério Público do Maranhão, no período de 2007/2010, uma mulher ocupou o cargo de Corregedora Geral, com assessoria feminina predominante apenas no primeiro biênio, entre 2007 e 2008. A partir de então, apesar de mantida a representatividade feminina na Corregedoria Geral, os homens passaram a assessorar, em maioria, e a partir de 2011 o cargo voltou a ser ocupado por homens. Outros dois MPes tiveram uma mulher no cargo de Corregedor: o Ministério Público do Acre, entre 2015/2016, e Ministério Público de Roraima, durante todo o período analisado. Porém, mesmo nestes períodos, sua assessoria foi predominante masculina.

O Ministério Público do Paraná nunca registrou presença feminina na chefia da Corregedoria Geral, seja antes ou no período da amostra, e sua assessoria tampouco guardou proporcionalidade com o número de mulheres na instituição, em estáveis 38%, sendo sempre superior o número de assessores do sexo masculino no período analisado.

Cabe observar brevemente a função de Ouvidoria, a qual ainda vem sendo gradativamente implantada, com atribuições diversas, em diferentes Estados. Naqueles em que está ativa, o que se constata, na linha dos demais cargos institucionais de poder, é a superioridade masculina no exercício da função de Ouvidor. Infelizmente, não é excepcional a situação de Estados que nunca tiveram uma Ouvidora, a saber: Paraná, Goiás, Mato Grosso do Sul e Acre.

Registre-se, por fim, que no Ministério Público de Minas Gerais a função de Ouvidor foi exercida por mulheres em metade do período, a partir de 2012, assim como no MPBA. No Pará, registra-se a presença feminina na Ouvidoria a partir de sua instituição, em 2013, no que contribuiu para equilibrar a presença de mulheres nas funções de poder daquele Ministério Público, com representatividade feminina bem equilibrada desde então, destacando-se, por todos, o Ministério Público do Maranhão, pela presença feminina na Ouvidoria em 7 dos 10 anos analisados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES OBJETIVAS

Se é verdade que *“hoje as mulheres ocupam, com brilhantismo, não apenas cargos de execução no Ministério Público. Elas foram muito além, como Procuradoras-Gerais, Corregedoras-Gerais ou Ouvidoras-Gerais do Ministério Público Estadual e Federal; como integrantes do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional da Magistratura. Também como Ministras do STF, elas com brilhantismo, se fizeram presentes”*, como afirmou Cabral Netto⁸, não é menos verdade que isso ocorreu - e ocorre - de forma excepcional.

⁸ Cabral Netto, op.cit., p. 202.

A análise empírica dos dados trazidos permite constatar escancarada diferença numérica de representatividade de gênero intrainstitucional. Não obstante haja, há anos, maioria feminina em ingresso e conclusão de cursos superiores nas Universidades Brasileiras⁹, o MPE brasileiro apresenta tendência inversa no que diz respeito ao ingresso de mulheres em seus quadros, bem como no respectivo alcance de cargos de poder institucional. A disparidade numérica de gênero tem início já nas aprovações e, como analisado, perpassa por todas as fases da carreira, culminando em baixa ou nenhuma representatividade feminina nos cargos de administração superior. A participação da mulher no Ministério Público, e sobretudo nos cargos de poder, que definem o desenho das políticas institucionais, é minoritária e, por que não dizer, figurativa.

Apresentam-se as conclusões objetivas, que passam a ser elencadas.

- 1) É imperioso que sejam desenvolvidos estudos, que sejam fomentadas discussões sobre a questão de gênero e que seja promovido maior equilíbrio na composição dos órgãos de poder intrainstitucional pelos diversos ramos do Ministério Público brasileiro.
- 2) Deve ser garantida a participação equilibrada na Banca Examinadora de Concursos Públicos, conforme a APMP Mulher requereu ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo para a banca examinadora do 92º Concurso de Ingresso na carreira da Instituição¹⁰.
- 3) Precisa ser construída uma política institucional para enfrentamento da desigualdade de gênero, a ser formulada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com a participação democrática do Ministério Público Brasileiro, tal como ocorreu no Conselho Nacional de Justiça.
- 4) Deve ser garantida maior representatividade de mulheres nos órgãos Colegiados e em cargos individuais, garantindo-se nestes a alternância de poder entre homens e mulheres.

Como é possível antever, essas propostas serão facilmente estigmatizadas como ousadas no sentido pejorativo do termo, numa revelação da normalidade com que se aceita que as mulheres não pertencem aos círculos de poder. Entretanto, se bem se refletir a respeito, elas precisam estar na pauta de discussão de uma Instituição que se proponha a construir a superação da desigualdade de gênero.

José Saramago, em frase já conhecida da herança literária mundial, chama todos a olharem para as cegueiras sociais e convoca os que se preocupam com a construção de um mundo em bases mais igualitárias. Provoca o sociólogo português, em “Ensaio sobre a cegueira”: “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”. Este trabalho dá condições de ver aos que podem olhar. Cabe, a partir de então, reparar.

9 Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/21140-maioria-e-feminina-em-ingresso-e-conclusao-nas-universidades>. Acesso em 21.07.17.

10 Disponível em: <https://www.apmp.com.br/index.php/swap/6219-apmp-mulher-requer-representante-feminina-em-banca-de-concurso>. Acesso em 21.07.17.

*TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E
O DESAFIO DE SE DEFINIR UM
NOVO MODELO DE CONCURSO PÚBLICO
PARA A SELEÇÃO DOS PROMOTORES DE
JUSTIÇA DO SÉCULO XXI¹*

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI²

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

² Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Membro do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná (2016/2017). Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Professor de Direito Administrativo da FEMPAR.

INTRODUÇÃO

Prevê o § 3º do artigo 129 da Constituição de 1988,³ com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. Como não poderia deixar de ser, a legislação infraconstitucional repete os dizeres do Texto Maior no artigo 59 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei federal 8.625/1993),⁴ e no artigo 91 da Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999.⁵ Por sua vez, o artigo 92 da aludida Lei Estadual, atribui ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná a competência para baixar o regulamento do concurso. A Resolução nº 14, de 6 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre regras gerais regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público.⁶

A específica imposição constitucional prevista no artigo 129, nada mais é do que reflexo das normas gerais constantes dos incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal, que contêm os princípios da acessibilidade e do concurso público, assim explicados por Bandeira de Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.⁷

Portanto – e não há qualquer dúvida nesse sentido –, o atendimento dos princípios constitucionais da acessibilidade e do concurso público é cogente também no âmbito do Ministério Público, só sendo possível o ingresso na carreira por essa via. Trata-se de um “processo administrativo de gestão”, segundo a lição de Odete Medauar, adotando o posicionamento de Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes.⁸

No Estado do Paraná, esse processo administrativo de gestão possui três fases: a primeira, consistente numa prova objetiva, com cem questões de múltipla escolha, baseada em todo o programa do concurso; a segunda, representada por cinco provas escritas, cada uma delas correspondente a um grupo de matérias definidas no edital do concurso; e a terceira, uma prova oral realizada pelo candidato em face dos integrantes da banca examinadora.

A questão que se coloca diante desse padrão de concurso público é a seguinte: o modelo, largamente empregado pela Instituição nos últimos 28 anos, continua atual para selecionar os melhores profissionais para o Ministério Público do Estado do Paraná? Em caso negativo, quais as finalidades a serem alcançadas e como seria esse novo processo de avaliação?

A relevância do problema sob análise é indiscutível, porquanto esse processo de seleção de pessoal, à toda evidência, reflete-se diretamente na qualidade do profissional do Ministério Público, com naturais consequências no que tange ao exercício das funções ministeriais nas próximas décadas. Em outros termos, a qualidade e efetividade dos serviços da Instituição está diretamente ligada ao seu modo de selecionar os novos promotores de Justiça. Ademais, considerando o caráter nacional do Ministério Público, a discussão em tela também tem relevo para outros Ministérios Públicos, especialmente os estaduais.

Pretende-se responder à indagação ou às indagações formuladas (em caso de resposta negativa à primeira questão), mediante o uso do método dedutivo - e crítico -, a partir de pesquisa bibliográfica.

JUSTIFICATIVA

1- Críticas ao atual modelo

Como cediço, não basta o cumprimento da legalidade para se fazer uma boa Administração Pública. A legalidade necessita ser aplicada tendo-se em conta outros princípios constitucionais, dentre os quais a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Se os princípios da legalidade e da eficiência devem ser conciliados, “buscando a Administração atuar

3 BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consulta em: 30/03/17.

4 BRASIL. Lei federal 8.625/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Consulta em: 30/03/17.

5 PARANÁ. Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8042&indice=1&totalRegistros=1&anoSpan=2005&anoSelecionado=1999&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Consulta em: 30/03/17.

6 BRASIL. Resolução nº 14, de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_14_2006_11_06.pdf>. Consulta em: 30/03/17.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 287-288.

8 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140.

com eficiência, dentro da legalidade”⁹ é evidente que o concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público deve se preocupar em selecionar os melhores profissionais para assumir o cargo de promotor de Justiça, pois incumbe a esses agentes o gravíssimo encargo de “defesa da Constituição e da democracia”¹⁰. Para tanto, é preciso que esse processo administrativo tenha foco nas habilidades que pretende encontrar no futuro promotor de Justiça, o que não está claro no atual modelo utilizado.

A resposta à inaugural questão suscitada na introdução, então, parece ser negativa, por uma série de razões. A primeira, porque desde o distante ano de 1989, muitas foram as alterações do Direito positivo brasileiro, que se ampliou e tornou-se muito mais complexo. Apesar das paulatinas mudanças realizadas nos programas dos concursos públicos do Ministério Público do Estado do Paraná durante as últimas três décadas, os acréscimos de novas matérias foram tamanhos, que tornaram a prova objetiva da primeira fase pequena em relação ao seu número de questões e o volume de matérias a serem avaliadas pela banca examinadora. Ou seja, não dispo de avaliadores de um número razoável de questões para examinar os candidatos na primeira fase do concurso, não se tem certeza quanto à abrangência, consistência e qualidade dos conhecimentos dos avaliados e aprovados para a fase seguinte.

A segunda razão, é representada pela ausência de uma fase escrita no concurso público destinada a avaliar a capacidade técnica do futuro promotor de Justiça em resolver casos concretos, seja na área criminal seja na área cível. Em outras palavras, os candidatos aprovados que ingressam na carreira do Ministério Público, para logo assumirem as suas Promotorias de Justiça, são nomeados sem terem demonstrado a capacidade de resolver problemas concretos ligados à atuação ministerial, mediante a elaboração de peças processuais relacionadas ao ofício. Não pode o concurso público deixar de avaliar a capacidade pragmática do futuro promotor de Justiça, de trazer para a realidade fática seus conhecimentos jurídicos e holísticos, solucionando problemas reais.

Um terceiro motivo a justificar a falta de atualidade do modelo de concurso público reside no fato de que a prova oral, no formato que atualmente possui, não avalia com adequação a capacidade oral do candidato. Em outros termos, responder perguntas em face da banca examinadora não avalia a capacidade de falar em público do candidato, instrumento de trabalho essencial de um promotor de Justiça.

A quarta razão indicativa de que o modelo precisa ser reformado ou substituído, consiste num dos aspectos mais tormentosos de se avaliar em um concurso público: o grau de comprometimento e de afinidade com as funções ministeriais. Nem de longe se tem uma solução para esse problema. Ocorre que, no momento histórico em que vivemos no Brasil, onde as carreiras públicas tornaram-se prestigiadas e bem remuneradas, há que se ter muito cuidado na seleção dos candidatos, para que se evite o ingresso na carreira de profissionais interessados exclusivamente nos benefícios oferecidos pelo Estado, sem qualquer comprometimento com o trabalho institucional. Como diz Mazzilli: “Não que seja um mal em si mesmo ser assim a carreira das mais atraentes no mercado de trabalho. Pelo contrário. O mal consiste em buscar a carreira apenas por esse motivo”¹¹.

Por último, nota-se que a Instituição faz o concurso para ingresso na carreira, sem saber exatamente qual é o perfil de promotor de Justiça que deseja. Também não se tem de forma clara quais os objetivos da avaliação representada pelo concurso público. Em outros termos: quais as competências desejadas do futuro promotor de Justiça?

Não há dúvida que o atual modelo de concurso público empregado no Ministério Público do Paraná selecionou ótimos promotores e promotoras de Justiça durante essas três décadas. No entanto, a experiência do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná revela que existem alguns problemas que poderiam ser evitados com o aperfeiçoamento do padrão de concurso, o que demanda a fixação de objetivos ou finalidades a serem alcançados por esse processo administrativo de gestão. Com efeito, já que a resposta à primeira questão é negativa, passasse aos objetivos justificadores das mudanças.

2- Objetivos a serem alcançados pelo concurso de ingresso na carreira do MP

Um novo modelo de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público paranaense - e de qualquer concurso de Ministério Público - deve definir previamente quais são as capacidades desejadas pela Instituição de seus profissionais. Dizendo de outro modo, é necessário que o Ministério Público, por intermédio do Conselho Superior do Ministério Público, elabore o regulamento do concurso público tendo em conta quais as habilidades desejadas do futuro promotor ou promotora de Justiça e como serão mensuradas essas capacidades.

Tratando especificamente dos objetivos da avaliação, se tem como essenciais os seguintes, sem prejuízo de outros:

- 1- amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do Ministério Público. Naturalmente, não há sentido em se exigir do candidato conhecimentos nas áreas do Direito do Trabalho ou do Direito Processual do

9 MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 98.

10 SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 68-69.

11 MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 59.

Trabalho, bem assim conhecimentos do Direito Civil, relacionados, por exemplo, aos contratos privados em espécie, pois esses temas não são afetos ao exercício das funções dos Ministérios Públicos dos Estados.

- 2- Amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de Justiça.
- 3- A capacidade do candidato expressar as suas ideias por escrito, de forma articulada e rica de conteúdo jurídico, sem esquecer de outras áreas do conhecimento, como a filosofia e a sociologia (visão holística).
- 4- A capacidade do candidato em lidar com a prática de Ministério Público, elaborando peças processuais a partir de casos reais, como, por exemplo, denúncias, petições iniciais de ação civil pública, recursos, contrarrazões recursais, arquivamento de inquérito civil *etc.*
- 5- A capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, a ser demonstrada não pela via truncada de uma prova oral de questões formuladas pela banca examinadora, mas de uma prova oral perante a banca, apresentando o candidato um determinado ponto do programa previamente selecionado, pelo prazo aproximado de 30 minutos, seguido de perguntas formuladas sobre o assunto pelos integrantes da banca.
- 6- Também é necessário se avaliar mediante estágio, o grau de envolvimento e desenvoltura do candidato a promotor de Justiça substituto em face do Ministério Público.

Tais objetivos a serem alcançados pela avaliação – o porquê da indagação formulada na introdução –, deve ter repercussão nas fases do concurso e nas provas correspondentes – o como fazer –, a exigir alterações do atual modelo de concurso público do Ministério Público do Estado do Paraná, que já prestou, como afirmado, bons serviços à Instituição.

Demais disso, os objetivos acima guardam absoluta pertinência com qualquer concurso no âmbito do Ministério Público brasileiro, pois as aludidas capacidades precisam estar presentes em qualquer promotor ou promotora de Justiça.

3 - UM NOVO MODELO DE CONCURSO PÚBLICO

O atual concurso para promotor de Justiça substituto vem se demonstrando desatualizado para enfrentar as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas três décadas e para selecionar os melhores candidatos para a Instituição. Trata-se de um sistema de avaliação cujas finalidades não são claras e que tem prestigiado o “concurseiro” no lugar do profissional vocacionado para as funções ministeriais. Com efeito, alguém que nunca trabalhou e que teve uma experiência profissional meramente protocolar no triênio após a formatura, dedicando-se exclusivamente ao concurso, leva vantagem em relação ao verdadeiro profissional do Direito, em face do atual modelo de provas, essencialmente teórico e incapaz de mensurar outras habilidades.

Não são raros os casos de vitaliciamento de promotor de Justiça, de afastamento de membro da carreira ou mesmo de promoções e remoções por merecimento – quando o Conselho Superior do Ministério Público toma ciência das fichas funcionais –, indicativos de desempenho aquém do esperado, o que pode resvalar, inclusive, na moralidade administrativa,¹² sem falar da ausência de comprometimento institucional, em prejuízo do Ministério Público e dos destinatários dos serviços ministeriais, a população em geral, que tem o Direito subjetivo a um serviço público de qualidade.

Embora não se possa atribuir eventual deficiência dos serviços exclusivamente ao concurso público, esse fator pode interferir, sim, nessa prestação, o que recomenda o aperfeiçoamento do sistema, para se reduzir ao máximo a possibilidade de falhas de avaliação, visando a busca de níveis adequados de eficiência.¹³

O novo modelo teria 5 fases: 1ª fase, composta por duas provas objetivas; 2ª fase, composta de três provas teóricas; 3ª fase, baseada em duas provas práticas; 4ª fase, consistente em uma prova oral; e a 5ª fase, de estágio profissional. Naturalmente, o modelo não exclui as fases de exames de sanidade física e mental; sindicância; e de títulos.

De outra parte, a proposta harmoniza-se com a legislação que regula o concurso público de provas e títulos no âmbito do Ministério Público, referida na introdução.

Vejamos as fases do novo modelo.

12 Sobre a moralidade administrativa, Coelho e Gonçalves asseveram: Uma construção hermenêutica de moralidade administrativa, para ser útil e ampla, deve abranger, além do contexto jurídico, o contexto da política e governança, devendo assentar que a discricionariedade administrativa é reduzida pelo princípio da moralidade, mas não é por ele eliminada. A escolha do administrador deve ser preservada, mas deve se balizar aos limites preestabelecidos na lei, passando, doravante, a discricionariedade a ser feita entre as possibilidades compatíveis com o princípio da moralidade inserto nos contextos jurídicos, político, ético, e linguístico. (COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. Moralidade administrativa: uma construção hermenêutica. *In*: Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 4, n. 45 (2016). Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1794/1180>>. Consulta em: 30/03/17).

13 “Portanto, a compreensão do princípio da eficiência passa, necessariamente, pela eficiência de meios e de resultados, em consonância, evidentemente, com todo o conjunto de princípios e regras do regime jurídico administrativo” (BERTONCINI, Mateus. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122-123).

3.1 Primeira fase

A primeira fase seria composta de duas provas objetivas, cada uma delas com 100 questões de múltipla escolha. Essa fase teria por objetivo avaliar a amplitude dos conhecimentos jurídicos dos candidatos, em face da totalidade de áreas e temas previstos no programa do concurso público de promotor de Justiça substituto. A alteração se faz necessária, porque a ampliação do Direito brasileiro, a partir do advento da Constituição de 1988, como é fato notório, foi imensa, surgindo novas especialidades nas quais estão previstas a atuação do Ministério Público, que simplesmente inexistiam no passado. São exemplos: o Direito Sanitário, o Direito da Pessoa com Deficiência, o Direito do Idoso, Habitação e Urbanismo *etc.*

Essas novas áreas do Direito tornaram uma única prova preambular de 100 questões insuficiente para avaliar a amplitude do conhecimento do candidato. Diante da significativa expansão do Direito brasileiro nas últimas três décadas, a banca examinadora não consegue bem avaliar nem as disciplinas tradicionais nem as novas áreas do conhecimento jurídico. Daí a proposta de repartição das disciplinas em duas provas objetivas: a primeira, cuidando das disciplinas formativas do Direito; a segunda, das novas especialidades do Direito. Como lembra Mazzilli, “outro erro dos exames de concurso de ingresso ao Ministério Público é concentrá-los em uma ou outra pergunta para todo um campo da ciência jurídica”.¹⁴ É exatamente esse erro que se quer evitar, ampliando-se o número de provas objetivas de uma para duas e dobrando-se o número de questões de 100 para 200, provas de cunho eliminatório, que seriam aplicadas em dois momentos distintos.

A primeira, com 100 questões de múltipla escolha, cuidando das tradicionais disciplinas formativas do Direito ligadas à atuação do Ministério Público, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do MP. Constitucional, Penal e Processo Penal contariam com 20 questões cada uma; Administrativo e Processo Civil com 15 questões respectivamente; e Civil, com 10 questões. Seriam selecionados nessa primeira prova 500 candidatos, algo em torno dos 10% dos inscritos nos concursos do Ministério Público do Paraná.

A segunda prova, também com 100 questões objetivas, avaliaria as especialidades do Direito, fruto da permanente produção legislativa, decorrente da dialética transformação da sociedade. Seriam elas, segundo o regulamento do concurso do MPPR: Direito Eleitoral; Legislação do Ministério Público; Execução Penal; Direito do Consumidor; Direito Sanitário e Saúde do Trabalhador; Direito da Infância e da Juventude; Proteção ao Patrimônio Público; Direito Ambiental; Processo Civil Coletivo; Procedimento Investigatório Criminal; Direitos da Pessoa com Deficiência; Direito do Idoso; Direitos Humanos; Habitação e Urbanismo; Terceiro Setor; Direito Previdenciário; e Direito Empresarial. As especialidades de Eleitoral, Execução Penal, Consumidor, Infância e Juventude, Patrimônio Público e Ambiental seriam contempladas com 10 questões cada. Legislação do MP, Sanitário e Saúde do Trabalhador, Processo Civil Coletivo, Procedimento Investigatório Criminal, Direitos da Pessoa com Deficiência, Idoso, Direitos Humanos, Habitação e Urbanismo, Terceiro Setor e Direito Empresarial, com aproximadamente 4 questões cada, números que naturalmente poderiam sofrer ajustes.

Essa segunda prova objetiva – que daria oportunidade aos 500 profissionais aprovados na primeira avaliação – aprovaria 100 candidatos, com nota mínima 6.0. Já nesse momento, ter-se-iam atendidos os dois primeiros objetivos elencados nessa proposta.¹⁵ Essa centena de profissionais passaria à segunda fase do certame.

3.2 Segunda fase

A segunda fase seria composta por três provas escritas, de natureza teórica, voltada a explorar a profundidade do conhecimento do candidato e o seu raciocínio jurídico. A primeira prova trataria do Direito Processual Penal, Direito Penal e Execução Penal, composta por 1 dissertação e 7 questões discursivas; a segunda prova, examinaria Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Processual Civil, sendo também composta por 1 dissertação e 7 questões discursivas; a terceira prova cuidaria das novas especialidades do Direito, composta por 20 questões discursivas.

Essa segunda fase, teórica, exigiria nota mínima 6,0 nas três provas e aprovaria até 50 candidatos para a fase seguinte.

Nessa fase, o terceiro objetivo dessa proposta seria atingido: a capacidade do candidato de expressar as suas ideias por escrito, de forma articulada e rica em conteúdo.

Visando a facilitar a correção, a Instituição forneceria a cada candidato o equipamento de informática necessário, previamente preparado e vistoriado para a elaboração das provas.

14 MAZZILI, H. N. Obra citada, p. 62.

15 Primeiro, amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais; segundo, amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de justiça.

3.3 Terceira fase

O modelo atual conta com cinco provas teóricas; ocorre que ele praticamente ignora a parte prática. É isso que se quer resolver com essa fase. Ela teria duas provas práticas: primeira prova, voltada à elaboração de uma peça criminal, produzida a partir de um estudo de caso (processo findo ou em tramitação); e a segunda prova, uma peça cível, elaborada também a partir de caso concreto. Essas provas, igualmente, prestigiariam o raciocínio jurídico do candidato, além de sua capacidade de equacionar problemas reais do dia a dia de uma Promotoria de Justiça.

Nota mínima 6,0 e a aprovação de, no máximo, 40 candidatos. Essas provas poderiam ser com consulta e realizadas diretamente em computador da Instituição, facilitando o trabalho de correção dos membros da banca examinadora.

Nessa fase seria atingido o seguinte objetivo proposto: lidar com a prática de Ministério Público, demonstrando o candidato saber elaborar, a partir de um caso concreto, uma denúncia, uma petição inicial de ação civil pública, um recurso ou resposta a recurso *etc.*

3.4 Quarta fase

Os aprovados na terceira fase seriam submetidos a uma prova oral perante a banca examinadora, com o objetivo de expor um determinado ponto do programa, previamente selecionado, pelo prazo de até 30 minutos, sendo, posteriormente, indagado publicamente pelos integrantes da banca examinadora, pelo prazo de até 30 minutos. Como ensina Mazzilli, “a expressão oral é fundamental para o bom trabalho do promotor de Justiça. Além de conhecimento, é preciso vitalidade e presença de espírito especialmente nas audiências e nos debates de júri”.¹⁶

Nessa fase ter-se-ia o atendimento do objetivo previamente traçado, de mensurar a capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, que o atual modelo de prova oral do concurso do Ministério Público do Estado do Paraná não prestigia.

3.5 Quinta fase

A quinta fase, certamente, é a mais polêmica e difícil. Trata-se da fase de estágio profissional, incidente antes da aprovação final. Os candidatos aprovados seriam submetidos a estágio funcional pelo período de até 60 dias, já na qualidade de auxiliares do Ministério Público, ocasião em que trabalhariam junto às Promotorias de Justiça Criminal e Promotorias Especializadas, acompanhados por promotores de justiça tutores e assessores da Corregedoria-Geral do Ministério Público, que relatariam a atuação dos candidatos, reportando-se periodicamente à banca.

Nesse derradeiro momento, antes da aprovação final, a Instituição avaliaria o desempenho, o grau de comprometimento e a vocação do candidato, antecipando-se ao estágio probatório.

A banca, naturalmente, haveria de definir, organizar e avaliar as atividades, com a participação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. Sobre esse órgão, ensina Sarrubo:

Com efeito, em seu art. 35, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público pela primeira vez faz previsão do CEAF, órgão auxiliar do Ministério Público, destinado a realizar cursos, seminários, congressos, simpósios, pesquisas, atividades, estudos e publicações visando ao aprimoramento profissional e cultural dos membros da Instituição, de seus auxiliares e funcionários, bem como a melhor execução de seus serviços e a racionalização de seus recursos materiais.¹⁷

A Corregedoria-Geral do Ministério Público, paralelamente, realizaria a sindicância dos candidatos. Findo o período, ter-se-ia a aprovação final daqueles considerados aptos no período de estágio funcional.

Durante esse período, os candidatos seriam contratados temporariamente como estagiários especiais do Ministério Público – portanto, já auxiliares da Instituição, com remuneração correspondente a 50% do cargo de promotor de Justiça substituto, pagando, ainda, o Ministério Público, com os recursos oriundos das inscrições no concurso, as despesas com alimentação (vale alimentação), transporte (vale transporte) e moradia, em hotel estrategicamente localizado, próximo do local de trabalho.

Os candidatos considerados aptos nessa fase seriam aprovados no concurso para ingresso na carreira, tendo-se em conta não apenas os princípios constitucionais da acessibilidade e do concurso público, mas também os princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, especialmente o princípio da eficiência. Com esse novo modelo de concurso público, estar-se-ia

¹⁶ MAZZILLI, H. N. Obra citada, p. 62-63.

¹⁷ SARRUBO, Mário Luiz. *O Ministério Público e o aperfeiçoamento funcional de seus membros*, p. 734. In: Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional; Walter Paulo Sabella, Antônio Araújo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho (Coordenadores). São Paulo: Malheiros Editores, p. 728-749.

criando as condições necessárias para se vencer o desafio de se definir um processo de seleção apto para a escolha do promotor de Justiça do século XXI, plenamente habilitado ao exercício das funções.

O modelo que ora se apresenta parece melhor adaptado à seleção de membros do Ministério Público do que o atual padrão de concurso do Ministério Público do Estado do Paraná. Por outro lado, nada impede que a sugestão seja aproveitada em outros Ministérios Públicos estaduais

Com efeito, a proposição em mesa, *data venia*, parece mais precisa do que a formulada pelo Conselheiro Walter de Agra Júnior, com assento no Conselho Nacional do Ministério Público, que propôs revogar a Resolução nº 14/2006 CNMP e padronizar nacionalmente o concurso para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, para implantar modelo de concurso composto de uma prova objetiva, duas provas escritas e uma oral, processo administrativo de seleção de pessoal inadaptado à realidade e às necessidades do Ministério Público brasileiro, consoante demonstrado neste estudo, tendo em vista a experiência paranaense.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, a tese propõe:

I – no que tange à primeira pergunta constante da introdução, é possível se afirmar que o modelo de concurso do MPPR, aplicado há quase 30 anos, tem se demonstrado desatualizado para enfrentar as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Constituição de 1988 e para selecionar os melhores candidatos para a Instituição.

II – No que se refere ao segundo questionamento proposto, se tem como certo que um novo modelo deve buscar nos profissionais interessados em ingressar na carreira do Ministério Público as seguintes competências:

- 1- amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do Ministério Público.
- 2- Amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de Justiça, definidas no edital.
- 3- A capacidade do candidato expressar a suas ideias por escrito, de forma articulada e rica de conteúdo jurídico, sem se esquecer de outras áreas do conhecimento, como a filosofia e a sociologia.
- 4- A capacidade do candidato em lidar com a prática de Ministério Público, elaborando peças processuais a partir de casos reais, como, por exemplo, denúncias, petições iniciais de ação civil pública, recursos, contrarrazões recursais, arquivamento de inquérito civil etc.
- 5- A capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, a ser demonstrada não pela via truncada de uma prova oral de questões formuladas pela banca examinadora, mas de uma prova de oral perante a banca, apresentando um determinado ponto do programa previamente selecionados, pelo prazo de até 30 minutos, seguida de perguntas formuladas sobre o assunto pelos integrantes da banca, por igual período de tempo.
- 6- Também é necessário se avaliar mediante estágio, o grau de envolvimento e desenvoltura do candidato a promotor de Justiça substituto em face do Ministério Público.

III – Por fim, o novo concurso teria 5 fases: 1ª fase, composta por duas provas objetivas; 2ª fase, composta de três provas teóricas; 3ª fase, baseada em duas provas práticas; 4ª fase, consistente em uma prova oral; e a 5ª fase, de estágio profissional. Naturalmente, o modelo não exclui as fases de exames de sanidade física e mental; sindicância; e de títulos.

Com isso, o Ministério Público avançaria significativamente na seleção de seus membros, “indispensáveis à vitalidade do Estado”¹⁸, vitalidade essa essencial para a preservação da Instituição e de seus relevantes afazeres constitucionais, voltados à defesa e à implementação da Constituição de 1988, festejado Diploma Fundamental que está prestes a completar três décadas.

18 AGUIAR, Rui Rosado de. “O Ministério Público”. In: Direito Constitucional: organização dos poderes do Estado/ Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1203-1216.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

AGUIAR, Rui Rosado de. “O Ministério Público”. In: Direito Constitucional: organização dos poderes do Estado; Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1203-1216.

BERTONCINI, Mateus. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. Moralidade administrativa: uma construção hermenêutica. In: Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 4, n. 45 (2016). Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1794/1180>>. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Lei federal 8.625/1993. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Resolução nº 14, de 06 de dezembro de 2006. Disponível em:<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_14_2006_11_06.pdf>. Consulta em: 30/03/17.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARANÁ. Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999. Disponível em:< <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8042&indice=1&totalRegistros=1&anoSpan=2005&anoSelecionado=1999&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Consulta em: 30/03/17.

SARRUBO, Mário Luiz. “O Ministério Público e o aperfeiçoamento funcional de seus membros”. In: Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional; Walter Paulo Sabella, Antônio Araújo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho coordenadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 728-749.

SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ACESSO À JUSTIÇA E CENTRAL DE ATENDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

MÔNICA LOUISE DE AZEVEDO*

SANDRA MANCINO**

ALCIDES SANTOS NETO***

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* *Procuradora de Justiça – MP-PR*

** *Assistente Social – Diretora Do Departamento de Desenvolvimento Organizacional da Subprocuradoria-Geral de Justiça Para Assuntos de Planejamento Institucional do MP-PR*

*** *Administrador – Departamento de Desenvolvimento Organizacional da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional do MP-PR*

1. INTRODUÇÃO

O acesso da população à justiça é direito fundamental assegurado pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Porém, após 30 anos de vigência da norma constitucional, remover obstáculos e promover o efetivo acesso à justiça é um dos desafios ainda a serem enfrentados pelo Ministério Público, pois corresponde não apenas ao direito do indivíduo em ter seus conflitos conhecidos e resolvidos pelo sistema de justiça, mas também à adequada orientação e conscientização sobre os seus direitos.

Constata-se que a população, em especial nos grandes centros urbanos, encontra dificuldade em identificar o local onde deve procurar o Ministério Público. Espalhado em diversos prédios e setores especializados, é necessário estabelecer uma identidade ao atendimento ao público na instituição, evitando peregrinação em diversas unidades com negativa de acolhimento da demanda apresentada, a qual muitas vezes se perde sem resolução.

Em resposta a essa situação, com a perspectiva de um Ministério Público Resolutivo e no contexto do Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado Paraná, foi proposta a criação de Centrais de Atendimento nas comarcas de maior porte, a serem implantadas em unidades identificadas, com objetivo de dar visibilidade e acessibilidade à instituição, consolidando a identidade institucional e aprimorando os processos de comunicação interna e de interação com a sociedade.

Ainda, a proposta da Central de Atendimento visa aproximar o Ministério Público da população através de um modo mais eficiente de atuação, tanto no conhecimento das demandas individuais e coletivas quanto na promoção da cidadania e da paz social, na perspectiva da prevenção e resolução autocompositiva dos conflitos, como preconiza a Resolução 118/2014 do CNMP.

Dessa forma, mantém-se a proximidade do Ministério Público com a comunidade de maneira mais eficiente e eficaz e se reafirma o papel da instituição na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – artigo 127 da Constituição da República.

2. OBJETIVOS DA CENTRAL DE ATENDIMENTO

2.1. GERAL

Instituir, em centros urbanos previamente identificados, porta de entrada e sistema de registro de atendimentos do Ministério Público do Estado do Paraná voltados ao acolhimento inicial de demandas individuais e coletivas, numa referência de acesso à justiça e garantia de direitos, por meio de atendimento presencial, via telefone e por comunicação virtual.

2.2. ESPECÍFICOS

- 2.2.1. Unificar a identidade de atendimento ao público da instituição;
- 2.2.2. Assegurar que a população sempre encontre um acolhimento inicial eficiente para sua demanda;
- 2.2.3. Realizar triagem das demandas trazidas pela população local para conhecimento e posterior encaminhamento às Promotorias especializadas e rede de atendimento;
- 2.2.4. Minimizar o impacto nas Promotorias especializadas de demandas que não pertencem à sua área específica;
- 2.2.5. Integrar as ações quando a demanda apresentada possuir característica intersetorial;
- 2.2.6. Dar efetividade à política nacional de autocomposição, nos termos da Resolução 118 de 01.12.2014 do Conselho Nacional do Ministério Público

3. RELACIONAMENTO COM O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

O Projeto Estratégico Central de Atendimento compôs o portfólio de projetos do GEMPAR – 2010-2018, aprovado no contexto do Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado Paraná, em 2009, processo que contou com ampla participação de membros e servidores da Instituição. Suas ações têm íntima relação com o Mapa Estratégico do MP-PR e contribuem para que, através do aumento da eficiência e eficácia, por meio do aprimoramento da estrutura organizacional, registros e gestão de processos de atendimento na área finalística, seja alcançado o objetivo expresso de “Intensificar a interação com a sociedade”.

Ainda, como reflexo dessa maior interação com a sociedade, espera-se que os objetivos da dimensão de impacto social expressos no Mapa Estratégico “Defender interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade familiar social e econômica” e “Defender interesses difusos e coletivos, defender o regime democrático e a implementação de políticas constitucionais” sejam atingidos com maior efetividade.

Quanto ao Plano Estratégico Nacional, aprovado no âmbito do CNMP, o Projeto Central de Atendimento tem alinhamento com dois objetivos da dimensão de processos: a) “Facilitar o diálogo do cidadão com o Ministério Público” e, b) “Atuar de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, respeitando as competências constitucionais”.

Finalmente, a proposta de instituir Central de Atendimento do Ministério Público nos grandes centros urbanos atende a Carta de Brasília de 22.09.2016 no sentido de consolidar a proatividade e resolutividade da instituição, de acordo com o perfil constitucional de atuação como intermediador da pacificação social, visando a resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas, como estratégia do Estado Democrático de Direito na criação de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos dos artigos 1º. e art. 3º da CR/1988.

4. DESENVOLVIMENTO DO PROJETO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

A primeira Central de Atendimento do MP-PR, nos moldes propostos pelo projeto estratégico aprovado, foi instalada em Londrina, cidade de grande porte no estado e escolhida como piloto. Entre julho 2011 e abril 2012 foram feitos levantamentos de recursos disponíveis e necessários para a implantação da unidade, definidas as principais responsabilidades e rotinas de trabalho dos envolvidos no projeto. Várias atividades preparatórias para implantação da unidade piloto foram executadas, tais como: disponibilização de estrutura física; materiais; definição de equipe de trabalho; reuniões de alinhamento e para apresentação do projeto, com o objetivo de adesão ampla à proposta e elaboração e aprovação de resolução que instituiu a unidade. O lançamento da unidade piloto da Central de Atendimento em Londrina se deu em 04 de abril de 2012.

Constatando-se que os registros dos atendimentos não contavam com uma ferramenta própria de registro no sistema PRO-MP, desenvolveu-se o Módulo de Atendimento pelas equipes do Departamento de Tecnologia da Informação e a equipe executora do Projeto Estratégico da Central de Atendimento, implantado em março de 2016, a partir das experiências de Londrina e de Cianorte, onde se consolidou com sucesso modelo próprio de atendimento ao público da região, em local conhecido como Casa da Cidadania. Elaboraram-se duas instruções de trabalho para a utilização correta do sistema, sendo uma para os usuários com perfil de membro e outra, com perfil de servidores do Ministério Público e a partir das experiências do teste piloto, foram realizados ajustes no sistema para expandir a sua implantação para todas as unidades de execução do Estado do Paraná, realizando-se dois *webcasts* para apresentar as principais funcionalidades do Módulo de Atendimento e sanar dúvidas dos usuários.

Com a edição do Ofício Circular Conjunto 01/2016 CGMP/SUBPLAN, de 23 de março de 2016, estabeleceu-se cronograma para implantação progressiva do Módulo de Atendimento, compreendido entre os dias 04 de abril a 03 de junho desse mesmo exercício, abrangendo todas as unidades situadas em Comarcas de Entrância Inicial, Intermediária, Final e os Foros Regionais e Centrais de Comarcas de Região Metropolitana, padronizando o atendimento inicial da instituição.

Dando continuidade às etapas do projeto, na cidade de Ponta Grossa foi instalada a Central de Atendimento em fevereiro de 2016, e posteriormente Maringá, em novembro de 2016, com plano de expansão para implantação de unidades em União da Vitória, Umuarama, Guarapuava, Cascavel e Foz do Iguaçu.

Desde a conclusão da implantação do “módulo de atendimento”, mensalmente são constatados cerca de nove mil registros de Atendimentos no sistema, através das Centrais de Atendimentos e demais unidades de execução. Com a indicação de assuntos divididos em áreas de intervenção nos registros, verificaram-se as demandas prioritárias de atendimento ao público. No ano de 2016, os registros de atendimento mostraram que: 34,56% das demandas referem a assuntos de matéria de Direito de Família; 23,01%, à matéria de Direito à Saúde; e 7,93% dizem respeito à matéria de Direitos do Idoso.

Os dados coletados do sistema, com as devidas ressalvas quanto a complexidade e demais variáveis, também permitem verificar a contribuição da unidade Central de Atendimento para as localidades onde já foi instalada. As unidades de Londrina, Cianorte (Casa da Cidadania), Ponta Grossa e Maringá somam 17,44% dos registros de atendimento no ano de 2016, sendo que a população abrangida por essas comarcas representam 13,11% do total da população estadual.

A cidade de Curitiba, capital estadual, e que desde a década de 90 registra experiências exitosas de atendimento ao público e à comunidade de forma descentralizada, ainda não possui unidade de Central de Atendimento. Para efeitos de comparação, constata-se que somou, no ano de 2016, apenas 7,81% dos registros no Módulo do PRO-MP, com 16,85% da população total do

Estado, enquanto a Comarca de Cianorte, onde a Casa da Cidadania funciona como Central de Atendimento desde longa data, registrou 6,29% dos atendimentos com uma representatividade de 0,95% dos habitantes paranaenses.

O módulo de atendimento, no primeiro semestre de operação subsidiou a gestão acerca de prioridades nas áreas de saúde, família e infância, cujos registros sinalizaram um grande volume de atendimento, tornando possível avaliar os esforços institucionais. No ano de 2017 estão planejadas reuniões com a equipe executora do projeto da SUBPLAN e órgãos de execução, para verificar as questões que apresentarem maior demanda identificada bem como avaliação dos atendimentos realizados, fornecendo subsídios para que se alinhe o a atuação do Ministério Público nas mais diversas matérias em que é demandado, bem como orientando capacitação membros e servidores.

5. CONCLUSÃO

A Central de Atendimento garante visibilidade e reforça a identidade institucional do Ministério Público assegurando acolhimento qualificado e efetiva atenção da instituição à população, em especial aos indivíduos e grupos socialmente vulneráveis ou com direitos violados.

O registro adequado, no Módulo de Atendimento, das informações trazidas pela população, seja nas Centrais de Atendimento já instaladas no Estado seja nas demais Promotorias de Justiça, otimiza recursos humanos e materiais, dando o devido encaminhamento na própria instituição ou na rede de serviços identificada. O sistema permite transparência, controle e avaliação estatística dos dados coletados, instrumentalizando as ações e resultados da intervenção do Ministério Público, além de orientar processos de formação continuada de membros e servidores acerca das situações registradas no módulo de atendimento ao público.

Transcorridos 30 anos de vigência da Constituição Federal, o aprimoramento do atendimento ao público em todas as unidades do Ministério Público do Estado do Paraná constitui-se num instrumento de efetivo acesso à Justiça daqueles que historicamente procuram a instituição, legitimando a intervenção na defesa dos direitos individuais indisponíveis e coletivos e dessa forma concretizando a missão constitucional de defesa do regime democrático e promoção da paz.

6. REFERÊNCIAS

CAPELETTI, Mauro. BARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sérgio Fabris, reimpressão 2002.

CARTA DE BRASÍLIA: Modernização do Controle da Atividade Extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público, elaborada no dia 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, Disponível em <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3173>>. Acesso em 13/06/2017.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

GEMPAR – Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1101>>. Acesso em 28/03/2017.

Resolução n.118 de 01/12/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, publicado no DOU de 27/01/2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Participação e Processo. Coord. GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.

O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO^{1 2}

OSWALDO D'ALBUQUERQUE LIMA NETO³

PATRÍCIA DE AMORIM RÊGO⁴

ANTONIA FRANCISCA DE OLIVEIRA⁵

1 **APROVADA POR UNANIMIDADE**

2 Área do tema: Política Institucional e Administrativa.

3 Procurador Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre.

4 Procuradora de Justiça e Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Acre.

5 Diretora de Planejamento e Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Acre.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

O Ministério Público contemporâneo é aquele que compreende os desafios de seu tempo e atua no espaço local da necessidade humana, protagonizando mudanças sociais profundas e efetivas em favor da promoção da cidadania. O planejamento estratégico aparece, nesse cenário, como ferramenta indispensável à inovação, na medida em que se traduz em métodos e metodologias eficazes, eficientes de aproximação do Parquet com a realidade social e com o cidadão que mais precisa; produz os benefícios e permite medir os impactos sobre a realidade impactada.

O planejamento estratégico dá ênfase não apenas à modernização da estrutura organizacional nos aspectos formais, mas, sobretudo, faz emergir mudanças substanciais no modo de funcionamento gerencial, pelos seus efeitos resultantes de processos mais democráticos na construção coletiva da solução dos problemas, onde o beneficiário dos serviços encontra-se na centralidade da estratégia.

Essa mudança de paradigma assegura não só legitimidade, mas comporta a complexidade dos processos de mudança social, que são mais expressivos quando aproxima a instituição do sujeito à margem dos benefícios essenciais à reprodução humana que o Estado promove.

Sendo assim, a presente tese apresenta os limites e as oportunidades da adoção do planejamento estratégico como ferramenta inovadora, para propositura de intervenções extrajudiciais, posicionando o Ministério Público no espaço contemporâneo.

2. O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sendo assim, é uma das instituições constitucionais vitais para a promoção do acesso à Justiça, funcionando como uma porta de acesso do cidadão à proteção e efetivação dos seus direitos e garantias constitucionais fundamentais, tanto da sociedade, na tutela coletiva, quanto do indivíduo, no plano dos interesses individuais indisponíveis.

Uma das medidas indutoras da Justiça é a erradicação da pobreza extrema, que lesiona a liberdade dos indivíduos e torna demente uma parcela expressiva da sociedade. Essa equação, pobreza versus liberdade, quando equilibrada na balança da Justiça, resulta no que a Constituição da República Federativa do Brasil denominou de justa e solidária, a qual o Ministério Público confere valor social em favor do pleno exercício da cidadania.

Com tão ampla, complexa e distintas realidades sociais sobre as quais as atribuições e responsabilidades do Ministério Público abrangem, a atuação extrajudicial se apresenta como a iniciativa ministerial mais indicada para garantir os direitos fundamentais de cada indivíduo e da sociedade como um todo, na medida em que tem por gênese a flexibilidade, criatividade, pro-atividade e a resolutividade pacífica dos conflitos diretamente no território, focada nos problemas, a partir das suas causas. Assim, é possível evitar a propositura de demandas judiciais que tem por regra, em face do acúmulo de processos judiciais em tramitação, a lentidão e a invisibilidade do sujeito e do conflito social, entre outros fatores que corroboram com a crença de que a Justiça no Brasil é lenta.

A atuação extrajudicial tomou forma entre os Ministérios Públicos brasileiros a partir da introdução da planificação, a partir do ano de 2000, onde o parquet passa, ainda que de forma tímida, a diretiva acusadora, para um modelo pacificador e resolutivo de conflitos, quando da introdução da gestão estratégica e de um modelo baseado em projetos e resultados.

O hiato que demarca o que é e o que efetivamente o Ministério Público pretende ser tem aparecido em inúmeras recomendações do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), sendo destaque a Carta de Brasília, expedida em setembro de 2016, que preceitua a necessidade de criação de uma nova teoria ministerial e aponta o promotor de Justiça como um agente político e, por sua natureza institucional, um verdadeiro indutor da transformação da realidade social em seu local de atuação. Para essa nova teoria, tem-se que adotar novas práticas e, nesse sentido, o planejamento estratégico aparece como uma ferramenta inovadora para fomentar as mudanças institucionais necessárias, capazes de viabilizar e consolidar essa nova teoria ministerial no Brasil.

O planejamento estratégico como prática inovadora no Ministério Público do Estado do Acre: um estudo de caso

No início da primeira década do ano 2000, o Ministério Público do Estado do Acre assume, com responsabilidade, que

o modelo de gestão da instituição é frágil, limitado e não integrador, ainda que respeite e superlative a autonomia funcional de seus membros. Diante disso, introduz um modelo de gestão planejado, participativo e dinâmico, como forma de criar uma relativa unidade institucional, impulsionar e fomentar um modelo de gestão inovador, criativo, resolutivo e voltado para resultados efetivos para o conjunto da sociedade.

Se, por um lado, há necessidade de se criar uma nova teoria de Ministério Público, espelhada em uma prática que compreenda a totalidade da realidade social, complexa e integradora, por outra, há que se viabilizar os meios que possam associar a multisetorialidade e a interdisciplinaridade como análise ampla, capaz de subsidiar uma prática jurídica antecipadora da ação judicial, que seja efetiva e sustentável, no lugar da necessidade e próxima ao cidadão.

A adoção do planejamento estratégico como ferramenta de gestão viabiliza a organização de procedimentos extrajudiciais, quando da implementação de programas, projetos e iniciativas. Esse processo de planificação na gestão do Ministério Público é recente, portanto, encontra limitações em relação à formação de profissionais que dominam essa área de conhecimento da administração pública, de modo que a universalidade das instituições do Brasil recorreu à contratação de consultorias externas para empreender a mudança.

Ocorre que sem uma qualificação profissional consistente e coerente com a realidade da instituição não há garantia da continuidade do processo, tornando a iniciativa insustentável. Outro fator limitante, posto como o maior desafio, é a incorporação do planejamento como prática cotidiana, sendo necessária uma nova cultura organizacional, capaz de traduzir a estratégia, que é o nível mais abstrato do planejamento, para o nível da ação efetiva, que é o plano concreto.

A doutrina de planejamento estratégico e os métodos de acompanhamento de resultados no setor público no Brasil, segundo Rêgo (2015:43), são muito diferenciados. Não há metodologias consensuais e é muito comum diferentes versões conceituais e práticas diversas nesse campo. Depois de um período de predominância do planejamento tradicional, baseado em métodos quantitativos e projeções de predição do futuro e, em momento posterior, dos planos centralizados do regime militar, o planejamento no Brasil sofreu severas críticas, que culminou com seu esfacelamento ao ser associado com o autoritarismo.

Nos anos 50 e 60, a Comissão Econômica para a América Latina (Cepal), segundo Lida (1993: 114), imprimiu um modelo baseado em métodos quantitativos que influenciou todos os países signatários, os quais importaram o modelo corporativo para o âmbito da esfera pública. Ocorre que o Estado e as corporações são de naturezas absolutamente distintas. A função de Estado refere-se ao coletivo-público e tem como referência o cidadão; já a corporação tem como função o particular-privado e tem como referência o cliente consumidor/fornecedor. O objetivo do Estado é a sua própria reprodução e o da sociedade, construída por meio da legitimidade e legitimação que são fundadas no benefício coletivo e na coesão social. O objetivo da corporação é o lucro e a reprodução do capital. No Estado e nas Empresas, o método e os instrumentos de planejamento e avaliação, em sua essência, são necessariamente de natureza distintas.

O Ministério Público do Estado do Acre fez a opção pelo planejamento público, em seu conceito e natureza do método, sem desprezar os avanços e inovações dos modelos corporativos. O modelo criado e implementado na instituição, iniciado no ano 2010, tem como referência o Planejamento Estratégico Situacional (PES), desenvolvido pelo economista chileno Carlos Matus, a partir da década de 70, associado às etapas do modelo Balanced Scorecard (BSC), criado por Robert Kaplan, professor da Harvard Business School, e David Norton, consultor de empresas, no início dos anos 90.

Diferentemente do planejamento tradicional, o Planejamento Estratégico Situacional (PES) tem no objeto do plano, vetores ativo, complexo e dinâmico e não passivo, simples e estático; a concepção do plano é propositiva de jogadas sucessivas e dinâmicas, ao contrário do formato normativo-prescritivo; a realidade é explicada pela apreciação situacional, ao invés de diagnósticos expressos em fatores genéricos, e a operacionalização é posta pela mediação entre o plano, que não se separa do plano da ação. O PES se aplica a realidades complexas e atua sobre o problema, considera os diferentes atores e seus interesses, sendo, portanto, o modelo mais adequado para a aplicação prática da atuação extrajudicial dos membros do Ministério Público, em qualquer território, independente das suas reais particularidades e problemas específicos.

O modelo BSC, segundo Kaplan, (1997:38) surgiu com o propósito de ampliar a forma de mensurar desempenho, não somente pelos vieses econômico e financeiro. Trata-se de uma metodologia que pretende transformar a estratégia em ação, com abordagem de longo prazo, sustentada por um sistema de gestão, comunicação, medição e desempenhos, cuja execução se dá em quatro etapas: (1) tradução da visão em termos operacionais, com um conjunto de objetivos e indicadores; (2) comunicação e comprometimento da organização com os objetivos; (3) desenvolvimento de planos de negócio, a partir do desdobramento do direcionamento estratégico e (4) feedback e aprendizado, que proporcionam a correção de erros e a revisão da estratégia.

Sendo assim, ambos os modelos, tanto o formulado por Matus quanto o de Kaplan e Norton, compreendem o planejamento como uma forma de organização para a ação. Para Matus, a ênfase do planejamento é colocada no momento da ação: planejamento é o cálculo que precede e preside a ação. Para Kaplan e Norton, o planejamento é uma forma de transformar a estratégia em ações específicas, e o BSC, enquanto técnica visa direcionar as mudanças operacionais com a estratégia, inclusive como forma de criar valor aos ativos intangíveis.

Sendo assim, o Ministério Público do Estado do Acre, ao iniciar o seu planejamento como meio e não como finalidade última, adotou a feitura do Mapa Estratégico, adotando duas das quatro perspectivas de Kaplan e Norton: processos internos e aprendizado. Desprezou as perspectivas financeiras e clientes, em razão da natureza pública da instituição. Adotou, do método PES, a técnica de cenários, a governabilidade, incertezas, definição do problema, construção do fluxo situacional, atuação sobre o problema, contudo, desprezou do modelo a análise de viabilidade, a construção da viabilidade e a assessoria técnico política. Dessa combinação, configurou um modelo matricial, baseado na participação interna e externa; a ação integrada e a produção de resultados e benefícios.

Até chegar ao modelo matricial, o ciclo de construção passou por 4 etapas evolutivas, as quais foram denominados círculo virtuoso da gestão. O quarto ciclo compreende o atual momento do planejamento. A questão subjacente à consagração do planejamento estratégico, como vetor de inovação no campo da gestão, no âmbito do Ministério Público, é saber em que medida a adoção de um modelo, bem como a sua implementação, privilegia a atuação de membros e servidores, tornando a instituição mais proativa e resolutiva, valorizando os processos (meios) e os resultados (fins), tanto para os beneficiários internos do Ministério Público, que são os membros e servidores, como os beneficiários externos, a sociedade.

3.1. O planejamento estratégico e os círculos virtuosos da gestão – uma trajetória de aprendizados e conquistas

Planejar é o ato de prever o futuro para atuar na situação presente, considerando, entre outras variáveis, as incertezas, as mudanças de cenários, a governabilidade para o agir e tomar o controle da situação, o interesse de outros atores sobre o futuro desejado e os recursos disponíveis para saltar de uma situação atual para uma situação desejada. O planejamento é um instrumento poderoso da gestão, portanto, deve responder a necessidade de quem toma decisão. Planejamento e gestão são inseparáveis.

No caso do Ministério Público do Estado do Acre, como dito anteriormente, o processo de planejamento se deu em quatro etapas evolutivas, denominadas círculos virtuosos, os quais serão expressos na presente tese.

O primeiro círculo virtuoso ocorreu no biênio de 2010 e 2011, quando da elaboração coletiva do Planejamento Estratégico, que resultou na feitura do Mapa Estratégico. Nesse primeiro círculo, o Ministério Público realizou a contratação de uma consultoria externa, em face de não haver internamente à instituição, profissionais com competências e habilidades para mediar o processo de construção do planejamento. A consultoria, portanto, realizou a capacitação de membros e servidores em conceitos básicos e ferramentas; realizou audiências públicas para ouvir a sociedade e considerar as suas demandas e necessidades; mediu o processo de planejamento e sistematizou as informações em documentos, contendo o mapa e os projetos Estratégicos para serem elaborados ao longo de cinco anos. Esse ciclo foi todo formulado com base no BSC, de Kaplan e Norton, desde a formulação até a estrutura de funcionamento.

O Mapa Estratégico, para o horizonte temporal 2010-2015, foi demonstrado por objetivos, de acordo com duas perspectivas: perspectiva sociedade - que refletiu a visão de futuro da instituição - e a perspectiva dos processos internos. Nos processos internos, houve uma distinção para as atividades, sendo elas organizadas pelas atividades finalísticas, institucionais e administrativas. As atividades finalísticas se referem aos procedimentos judiciais e extrajudiciais, executados exclusivamente por seus Promotores e Procuradores de Justiça, que beneficiam diretamente o indivíduo e a coletividade. Para dar cabo aos 33 objetivos estratégicos definidos, foram estabelecidos 49 indicadores estratégicos, 42 projetos e 1.324 ações para 20 meses de execução. Do total de ações previstas, foram realizadas 503, correspondendo a 38% do total, com um custo de investimentos de R\$3.266.320,00 (três milhões, duzentos e sessenta e seis mil e trezentos e vinte reais).

Nesse ciclo, em que pese se tratar do momento inicial da introdução do modelo de gestão direcionado pelo planejamento, os profissionais do Ministério Público experienciaram muito mais as capacitações, como forma de criar uma nova cultura institucional, do que mesmo a vivência do planejamento como organizador e direcionar das ações.

A governança do planejamento se deu por meio de um Comitê Gestor, com reuniões regulares de acompanhamento dos resultados, contudo, o modelo careceu de uma avaliação mais consistente de cenários, prospecção de incertezas quanto ao alcance de resultados, definição clara dos problemas, o que prejudicou a limitação de foco e, o mais importante, a análise de viabilidade, previstos no modelo PES.

No cenário sobre o qual o planejamento se tornaria viável, não foi considerado o tamanho do orçamento e as obrigações fixas de despesas de manutenção da instituição para o período. O certo é que o Ministério Público, à época, comprometia 98% das suas receitas com despesas de custeio, especificamente com a manutenção da folha de pagamento. Essa variável de viabilidade financeira foi desconsiderada, tornando o plano inviável. Ao final, somente 24 indicadores foram mensurados, do total de 49, porém, aqueles mensurados não refletiram em que medida as ações do Ministério Público contribuíram com a transformação social e com os seus reflexos sobre a visão de futuro da instituição.

No segundo círculo, foi feita a priorização de projetos, por critérios objetivos e reconhecimento das melhores práticas. Para os anos 2012 e 2013, foram priorizados 10 projetos; o Comitê Gestor de Planejamento passou a reunir-se em agendas com pautas operacionais e foram empreendidos esforços para aumentar o valor orçamentário da instituição, ao mesmo tempo em que houve uma corrida para a captação de recursos externos. Esse círculo foi marcado pela incorporação da matricialidade horizontal e vertical, tendo como recurso técnico-metodológico a análise situacional e de viabilidade do plano.

Nesse segundo círculo, o Ministério Público do Estado do Acre implantou o “Programa Educacional para a Gestão”, tendo em vista que o principal obstáculo à implementação de uma cultura de planificação, confirmada por pesquisa de imagem institucional que precedeu ao programa, indicava a pouca qualificação dos gestores de projetos.

O programa foi desenvolvido em três fases, com carga horária de 320 horas e 488 inscrições, entre membros e servidores. O conceito integrador do programa foi o de “valor público”. Neste, o esforço é para criar resultados sustentáveis, na medida em que o Estado salta de um modelo burocrático de gestão para uma governança social, sistêmica e relacional, ou seja, atuando em rede. Após a execução do programa, os desafios postos foram: suplantando a fragmentação das ações e relacionamentos; realizar o que se planeja e orientar o sentido da ação para os resultados que se pretende alcançar. Sendo assim, o Programa Educacional para a Gestão sintetizou o seu propósito em resultados, processos e recursos (pessoas), numa verdadeira empreitada de realinhamento organizacional.

Como resultados desse segundo círculo, é possível destacar o projeto MP na Comunidade, que traduz um novo conceito de interdependência, autonomia funcional e integração institucional. Por meio desse projeto, o Ministério Público passou a realizar ações diretamente nas comunidades, com um método de atuação específico, privilegiando a análise de contextos e problemas situacionais. O projeto se consolidou em 2016, passando a integrar diretamente a estrutura organizacional do Ministério Público, assim como o Núcleo de Atenção e Atendimento Psicossocial (Natera), voltado para o atendimento de pessoas dependentes de álcool e outras drogas.

Nesse segundo círculo, evidenciou-se a necessidade de dar relevo aos quatro momentos de planejamento, concebidos por Matus, sob pena de os objetivos estratégicos não passarem de meros esboços de desejos, sem quaisquer medidas operacionais, que revertam objetivos em práticas com efetivos resultados. Azevedo (1992;130) discorre sobre os quatro momentos do planejamento do modelo PES. O momento indica instância, circunstância ou conjuntura de um processo contínuo que não tem início nem fim determinados. Nenhum momento ocorre isolado dos demais.

O momento explicativo é aquele que permite refletir sobre as oportunidades e problemas, explicação das causas e suas origens, identificação dos atores interessados, relacionando-os com o que tende a ser a realidade. É o momento de esboçar o que “pode ser”, portanto, tem um caráter de abstração da realidade, o qual define a estratégia no seu nível macro. No momento normativo, responde-se como deve ser a realidade, ou seja, respondem-se quais as operações necessárias para superar os problemas cruciais, chamados de nós críticos, permitindo intervir em cenários diferentes, que levam à mudança situacional inicial em direção à situação objetivo.

O momento estratégico trata da viabilidade e, portanto, busca soluções para vencer os obstáculos. As mudanças se efetivam quando os obstáculos são superados. Está centrado na identificação do “que pode ser”. O momento tático operacional é o “fazer”. Trata das ações efetivas para alcançar a situação objetiva.

Como lição do segundo círculo do planejamento do MP do Acre, foi possível compreender as diretrizes do método PES, saindo do campo da abstração do plano estratégico para o tático-operacional. O planejamento tornou-se palpável, contudo, ainda carente de recursos materiais. Sendo assim, os modelos PES e BSC foram totalmente incorporados e adaptados, evoluindo-se, dessa forma, para um modelo tático-operacional, primando pela eficiência, eficácia e efetividade da gestão dos recursos públicos.

O terceiro círculo virtuoso do planejamento estratégico foi marcado pela autonomia do método. O planejamento estratégico foi previsto para um período de cinco anos. Em 2015, havia a necessidade de avaliar os resultados e reformular o planejamento estratégico. Adotou-se, para isso, um modelo baseado em vetores de desempenho.

Os servidores da instituição que participaram do “Programa Educacional para a Gestão”, elaboraram uma metodologia própria para a avaliação e revisão do planejamento estratégico. A metodologia criada pela equipe contou com uma avaliação objetiva dos resultados, por meio da verificação do desempenho dos projetos; pesquisa de imagem institucional, na qual a população avaliou os serviços prestados pelo Ministério Público, seu grau de satisfação e conhecimento da instituição, visando avaliar o alcance e concretização da visão de futuro; realização de 13 audiências públicas para apresentar os resultados do planejamento estratégico 2010-2015, colher novas demandas sociais e, por fim, a definição do novo planejamento, aprovado sem ressalva pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

Como resultado, foi possível aferir um alcance de mais de 70% do planejamento concretizado e a população apontou o Ministério Público como o principal órgão de defesa do cidadão e da cidadania no estado do Acre, numa proporção de 25% dos entrevistados.

A principal demanda da sociedade, traduzida em forma de estratégia, foi a indicação de foco para o conjunto das atividades finalísticas do Ministério Público, posicionando a vítima na centralidade da estratégia, portanto, com reflexos diretos para a sociedade. A clareza de foco facilita a definição de metas e melhora a capacidade de produzir resultados com alto desempenho e máximo valor público.

Nesse terceiro círculo virtuoso do planejamento, o Ministério Público do Acre criou o Centro de Atendimento à Vítima (CAV), como órgão auxiliar, o qual passou a atender diretamente mulheres em situação de revitimização de violência domésticas, pessoas vítimas de crimes com motivação homofóbica e vítimas de crimes contra a dignidade sexual.

O principal avanço nesse círculo foi a incorporação das diretrizes e responsabilidades pelo planejamento estratégico institucional na Lei Estadual nº 291/2014 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Acre). Com isso, o que era uma mera opção do gestor, passou a ser obrigatório, em escala, hierarquia e estrutural. O Procurador-Geral de Justiça, gestor maior da instituição, passa a ser o responsável condutor do planejamento estratégico e todos os demais setores passam a ter importância capital na sua elaboração e execução. Como bem disse Matus, planeja quem governa e não há separação entre quem planeja e quem executa. Dessa monta, foi possível ainda, saltar como elemento de aprendizagem, que os indicadores são potencialmente capazes de traduzir objetivamente a realidade em que o Ministério Público atua.

Por fim, já no quarto círculo virtuoso do planejamento, o CNMP regulamentou o Planejamento Estratégico, como ferramenta de gestão do Ministério Público, por meio da Resolução nº 147, de junho de 2016. Ela define conceitos, ferramentas e método de acompanhamento da estratégia e das ações. O que antes era prática institucionalizada da governança do planejamento estratégico do Ministério Público do Acre passou a ser recomendada para as demais unidades brasileiras. O Acre, então, procedeu somente o alinhamento de nomenclaturas da hierarquia de governança e seus instrumentos.

De uma forma geral, num primeiro momento da construção do planejamento, idealizam-se projetos mirabolantes na tentativa de atingir todos os objetivos estratégicos no curto prazo. Com isso, são desprezadas variáveis explicativas de problemas estruturantes que, na maioria das vezes, são causas e não resultados de processos de desenvolvimento social. É comum, ainda, tratar com superficialidade as limitações estruturais da própria instituição, como disponibilidade de recursos, equipes e competências profissionais instaladas, necessárias à execução da agenda estratégica. Os efeitos da superficialidade da elaboração do plano resultam em desestímulo e descrença dos mecanismos da construção e reconstrução da realidade social, via diálogo, resolução pacífica de conflitos e autocomposição, expressos nas carteiras de projetos. Tais projetos aproximam os membros e o Ministério Público de seus beneficiários prioritários, quais sejam, os indivíduos que estão em situação de pobreza extrema e excluídos socialmente dos benefícios sociais gerados pelas políticas públicas destinadas pelo Estado.

O Ministério Público do Estado do Acre iniciou o planejamento estratégico, em 2010, com a contratação de uma consultoria, que adotou a metodologia esquematizada por Kaplan e Norton, baseada no modelo Balanced Scorecard (BSC). Dois anos depois, em face da pouca concretização da estratégia em ação, uma equipe técnica do Ministério Público idealizou uma sutil alteração do modelo, associando a metodologia BSC ao método do Planejamento Estratégico Situacional (PES), desenvolvido pelo economista chileno Carlos Matus. Isso se deu pela necessidade de criar foco, interface entre os objetivos, integração entre os setores executores das iniciativas, necessidade de envolvimento de outros atores locais, oportunidade de ter uma visão holística da realidade e valorização do conhecimento intuitivo e sensorial para lidar com as circunstâncias onde há contingências e, o mais importante, tornar o planejamento um processo e não um produto acabado, capaz de criar e executar a estratégia, em contratos de realidades complexas e dinâmicas. Sendo assim, o planejamento estratégico se revela uma ferramenta inovadora em gestão, capaz de subsidiar, por meio de sua prática cotidiana, uma nova teoria de Ministério Público, centrado na prevenção, mediação, resolução pacífica de conflitos e na autocomposição, fazendo frente aos desafios de seu tempo, ao protagonizar mudanças sociais profundas no local da necessidade do benefício. Contudo, não se pode correr o risco de fragilizar as metodologias aplicadas, distanciando a projeção de futuro da realidade e seus riscos. Matus (1993) postulou: não se separa o planejamento da gestão, sob pena de tornar o processo estéril e nulo.

3.2. A institucionalização do planejamento estratégico e a atuação extrajudicial do Ministério Público

O planejamento estratégico do Ministério Público do Estado do Acre está fundamentado num conceito, numa teoria, num método, em ferramentas e em uma prática, que conforma um sistema de planejamento e gestão estratégica. As funções e ferramentas de planejamento estão instituídas por meio da Lei Complementar Estadual (LCE) nº 291/2014. O sistema demonstra coerência e consistência com a realidade institucional, na medida em que preserva e respeita a independência e autonomia funcional dos órgãos de execução e atende às diretrizes da Resolução nº 147/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre o planejamento estratégico nacional.

A Lei Complementar Estadual nº 291/2014 define claramente a estrutura e o alinhamento, descrevendo a trajetória do nível abstrato ao concreto, do estratégico ao operacional, adequados aos seus respectivos instrumentos hierárquicos, quais sejam: Planejamento Estratégico (PE); Plano Geral de Atuação (PGA); Plano Operacional de Atuação (POA), assim como do Plano Plurianual (PPA) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

A trajetória do planejamento, adaptada de Matus, Keplan e Norton, vale-se de cinco momentos interativos, não lineares:

Primeiro momento: Elaboração - momento em que se analisa cenários, investiga e explica a situação objeto que deriva a necessidade de intervenção;

Segundo momento: Formulação e normatização - trata-se do processo de formulação e normatização da intervenção;

Terceiro momento: Execução - trata-se da operacionalização da ação no local da necessidade;

Quarto momento: Monitoramento - é a verificação da evolução dos resultados físicos (tangíveis) no tempo em que foi programado, com os recursos previstos. Esse momento é eminentemente técnico e mede a eficácia e eficiência.

Quinto momento: Avaliação - avaliação de impacto, pela combinação das variáveis técnicas (eficiência e eficácia) e sociais (efetividade).

O Planejamento Estratégico resulta na definição da estratégia institucional. A estratégia, conforme Rêgo, (2015;36), é uma cadeia de mudanças situacionais, determinada pelas táticas que promovem o alcance da situação objetivo (objetivos estratégicos). Da estratégia nascem os projetos, os quais expressam em níveis de ações as intervenções extrajudiciais de membros, em favor da sociedade.

4. CONCLUSÕES

- 4.1. Um dos grandes desafios para a consolidação do planejamento estratégico como ferramenta de inovação na gestão, capaz de subsidiar uma nova teoria de Ministério Público e induzir uma prática extrajudicial é a adesão dos atores internos para uma prática cotidiana do modelo organizacional. Via de regra, as consultorias iniciam um trabalho, mas não são capazes de preparar os profissionais da instituição para a continuidade, quando não sugerem um modelo e métodos inadequados à identidade organizacional, os chamados modelos de fora para dentro.
- 4.2. O planejamento estratégico deve saltar de uma prática sujeita à escolha do gestor tomador de decisão, para uma rotina institucionalizada, prevista em normas e leis que regulamentam a estrutura orgânica da organização, visando transformar-se em cultura institucional. Essa medida transforma o planejamento estratégico em processo e não em produto, evitando que o planejamento tenha um fim em si mesmo.
- 4.3. Importante buscar coerência e consistência no modelo de planejamento adotado, visando evitar frustrações e reforçar os mitos de que os planejamentos são inexecutáveis. No caso do planejamento estratégico do Acre, consorciou-se o modelo BSC, de Keplan e Norton, com o Planejamento Estratégico Situacional (PES), de Carlos Matus, resultado em um modelo de planejamento adequado às necessidades funcionais do Ministério Público do Estado do Acre.
- 4.4. Deve-se ter clareza das disponibilidades de recursos que darão suporte à execução do plano, bem como alinhar o planejamento estratégico aos orçamentos: Plano Plurianual e Orçamento anual da instituição.
- 4.5. Matus postulou que planejamento e gestão não se separam. Nesse sentido, as rotinas de gestão devem estar claramente definidas, especificamente com papéis e responsabilidades pactuadas, atores comprometidos e agendas de trabalho elaboradas para o curto prazo.
- 4.6. O planejamento estratégico tem em seu ciclo de desenvolvimento não somente aspectos técnicos, mas, sobretudo, elementos sócio-políticos que permitem realizá-lo com a participação da sociedade, o que o legitima e responde se efetivado, as expectativas da população. A vantagem é que torna lúcido ao promotor de Justiça os públicos prioritários, o território onde os problemas acontecem e a solução para os problemas podem advir de uma mediação, solução pacífica de conflitos ou da autocomposição, sem a necessidade das medidas judiciais.

5. PROPOSTA DE ENUNCIADO

O planejamento estratégico é ferramenta indispensável para a atuação do Ministério Público brasileiro contemporâneo, na medida em que fomenta a atuação extrajudicial de seus membros, por meio da execução de programas, projetos e/ou iniciativas, as quais conferem agilidade, resolutividade, transparência, legitimidade e produção do efetivo benefício social para a sociedade, no local da necessidade, focado nos problemas, colaborando para o aperfeiçoamento da Justiça, em todos os seus níveis e desdobramentos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Creuza da S. (1992). “Planejamento e gerência no enfoque estratégico-situacional de Carlos Matus”. Documento publicado na revista eletrônica Scientific Electronic Library Online, Análise/Analysis, 1992. Acesso em 19 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v8n2/v8n2a03>

CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 67-76.

ESTADO DO ACRE, Plano Plurianual 2012 -2015, Rio Branco Acre, 2012 www.ac.gov.br

LIDA, Itiro, (1993). “Do planejamento tradicional para o estratégico”. Documento publicado na revista eletrônica Scientific Electronic Library Online, Produção. Acesso em 19 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prod/v3n2/v3n2a04.pdf>

RÊGO, José Fernandes (2015). Acre, o voo da águia: desenvolvimento sustentável e economia verde na Amazônia brasileira. Rio Branco: Editora Bagaço, 2015.

MATUS, Carlos (1993), “EI plan como Apuesta”, Revista PES, n.2, p. 9-59.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. (2014), “Relatório de Gestão”. Acesso em 19 de junho de 2017. Disponível em: https://issuu.com/ulisseslima8/docs/relat__rio2014-web

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. (2015). Relatório de Gestão. Acesso em 19 de junho de 2017. Disponível em: http://transparencia.mpac.mp.br/style/Planejamento/Relatorio_Gestao_2015.pdf

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. (2016). Resultados operacionais 2016. Acesso em 19 de junho de 2017. Disponível em: http://transparencia.mpac.mp.br/style/Planejamento/Relatorio_Gestao_2016.pdf

VALE, André Bittencourt do. Fundamentos do Gerenciamento de Projetos. 2. ed. – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2010.

*“BIG DATA”, O KDD E MINISTÉRIO PÚBLICO:
A “BUSINESS INTELLIGENCE”
A SERVIÇO DA GESTÃO EFICIENTE DAS
PROCURADORIAS-GERAIS DE JUSTIÇA E DAS
CORREGEDORIAS MINISTERIAIS¹*

PABLO ANTONIO CORDEIRO DE ALMEIDA*

1 – Sumário:

2 – Síntese dogmática e fundamentação; 2.1 – “Big data”, KDD, CNPM e CNJ: dos Sumérios à Inteligência Artificial; 2.2 - A “business intelligence” e o princípio da eficiência na gestão ministerial; 2.3 – Definição do número de promotorias por regionais e cidades, divisão de atribuições entre promotorias de um mesmo município e critérios de priorização para o provimento de promotorias vagas – Premente a utilização da BI, “business intelligence”; 2.4 – Corregedorias e correções sistêmicas; 3 – Proposta de enunciado;

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

2 - SÍNTESE DOGMÁTICA E FUNDAMENTAÇÃO:

2.1 - “Big data”, KDD, CNPM e CNJ: dos Sumérios à Inteligência Artificial;

A expressão “Big data” pode ser conceituada como um grande conjunto de informações extremamente complexas que não conseguiriam ser analisadas, de maneira satisfatória, sem o emprego de aplicativos de processamento de dados, conhecidos como softwares de análise de vínculos. Os desafios desta área incluem: análise, captura, curadoria de dados, pesquisa, compartilhamento, armazenamento, transferência, visualização e, principalmente, a geração de conhecimentos fundamentados em tais “metadados”. Especialistas em tecnologia da informação preferem usar expressões menos genéricas, como DCBD, Descoberta de Conhecimento em Bancos de Dados, da expressão em inglês Knowledge Discovery in Databases (KDD)², ou análise dimensional, dentre outras.

Ao contrário do que se pensa, não se trata de problema surgido na pós-modernidade, a qual, todavia, amplificou o desafio.

Segundo o Professor israelense de História Yuval Noah Harari, autor do best-seller “Sapiens: Uma breve história da humanidade” a limitação mental humana em armazenar e processar dados “restringia severamente o tamanho e a complexidade dos coletivos humanos”. Segundo o autor:

“Quando a quantidade de pessoas e propriedades em determinada sociedade ultrapassava um limite crítico, passava a ser necessário armazenar e processar grandes quantidades de dados matemáticos. Como o cérebro humano não era capaz de fazer isso, o sistema ruía. Durante milhares de anos após a Revolução Agrícola, as redes sociais humanas permaneceram relativamente pequenas e simples. Os primeiros a superar o problema foram os antigos sumérios, que viviam no sul da Mesopotâmia. (...) Entre os 3500 e 3000 a.C., alguns gênios sumérios desconhecidos inventaram um sistema para armazenar e processar informações fora do cérebro concebido especialmente para lidar com grandes quantidades de dados matemáticos. Com isso, os sumérios libertaram sua ordem social das limitações do cérebro humano, abrindo caminho para o surgimento de cidades, reinos e impérios. O sistema de processamento de dados inventado pelos sumérios é chamado de ‘escrita’. (...) Claramente, o mero ato de gravar um documento em argila não é suficiente para garantir um processamento de dados eficaz (...). Isso requer métodos de organização, (...) métodos de reprodução (...), métodos de acesso rápido e preciso (...). Um passo crucial foi dado um pouco antes do século IX, quando se inventou um novo sistema de escrita, (...) base da notação matemática moderna. (...) Quase todos os Estados, empresas, organizações e instituições (...) usam notação matemática para registrar e processar dados. Cada informação que possa ser traduzida em notação matemática é armazenada, disseminada e processada com velocidade e eficiência impressionantes. Uma pessoa que deseja influenciar as decisões de governo, organizações e empresas deve, portanto, aprender a falar em números”³.

Apesar de, cada vez mais, o Ministério Público brasileiro catalogar dados funcionais e também de sua atuação finalística, as Procuradorias-Gerais, Corregedorias e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público continuam a fazê-lo como sumérios de 3.500 anos antes de Cristo, com pouca capacidade de geração de conhecimentos fundamentados em tais “metadados”, o que desestimula, inclusive, todos os responsáveis pela alimentação dos inúmeros relatórios das atividades funcionais hoje existentes. Não basta, portanto, a captura de todos os dados disponíveis, a sistematização e a publicação destes, como faz, por exemplo, o Conselho Nacional do Ministério Público, no excelente levantamento “Ministério Público: um retrato”, editado há 06 anos.

O próprio Conselho Nacional do MP já se apercebeu disto, tanto que coletava dados nacionais relativos à atuação do Ministério Público desde 2006 mas somente em 2010 a compilação nacional passou a ser mais efetiva, com base na Resolução CNMP nº 63/2010, que instituiu as tabelas unificadas, uniformizando nomenclaturas. Em julho de 2011, a Resolução CNMP nº 74 sistematizou e ampliou os dados para envio ao CNMP e teve como resultado a publicação da primeira edição do relatório “Ministério Público – Um retrato”. A maior precisão na coleta dos dados é fundamental e pode levar à tomada de decisões com mais confiança e certezas. Além disso, melhores decisões podem significar maior eficiência operacional, redução de riscos e custos, bem como otimização da gestão de pessoas e obtenção de melhores resultados finalísticos. Todavia, os dados minerados ainda são pouco analisados por cada unidade do Ministério Público, bem como é reduzidíssima a capacidade de geração de conhecimentos baseados em tais metadados.

São diminutas também as políticas institucionais baseadas em tais metadados, a gestão de pessoas não é organizada de acordo com as informações colhidas, bem como a atividade fim não é reorientada periodicamente com fulcro nos dados coletados. Tal qual os sumérios, os dados são gravados “em argila”, ou impressos em custosas editorações comemorativas, e

2 Sobre KDD e mineração de dados, ver: SILVA, Marcelino Pereira dos Santos. Mineração de dados: conceitos, aplicações e wxperimentos com WEKA. In: <http://www.lbd.dcc.ufmg.br/colecoes/erirjes/2004/004.pdf>

3 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*.

sumariamente arquivados. Ora, o relatório “Ministério Público – Um retrato” é publicado há 06 anos e não existe uma sistematização da análise dos metadados colhidos que resulte em mudanças corporativas concretas, muito menos uma política institucional instituída com base em eventuais conclusões obtidas.

O Conselho Nacional de Justiça, CNJ, que produz estudo semelhante, denominado “Justiça em Números”, no ano de 2016 já avançou, timidamente, no sentido produzir conhecimentos com base nas cifras consolidadas. Segundo texto de apresentação do estudo, da lavra da Presidente do CNJ e do STF Ministra Cármen Lúcia⁴:

Pela vez primeira, esta edição do relatório contabiliza o prazo de duração do processo, permitindo comparações entre ramos do judiciário e os respectivos órgãos, esclarecendo o período de permanência e dinâmica do acervo e o período decorrido até a sentença e até a baixa definitiva do processo. Novo indicador também apresentado é o índice de homologação de acordos, revelando, também ineditamente, o resultado das políticas de estímulo à conciliação e à mediação no Brasil, uma das linhas de atuação do Conselho Nacional de Justiça desde a sua implantação. (...) A distinção das despesas por grau de jurisdição também é novidade com a qual se pretende contribuir para se saber, com maior grau de precisão, em que medida a alocação de recursos orçamentários equilibra-se com a demanda, em consonância com as linhas da política de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição. O Conselho Nacional de Justiça trabalha para aperfeiçoar cada vez mais a exposição de informações oficiais sobre o Judiciário brasileiro, para garantir o direito do cidadão a ser informado, contribuindo, desta forma, para o integral respeito aos princípios, direitos, deveres e responsabilidades constitucionais.

A Presidente do CNJ, no texto citado, enfatiza a importância do estudo para garantia do princípio da publicidade no Poder Judiciário, o qual já foi considerado por muitos, principalmente antes da Emenda Constitucional n. 45, como uma “caixa-preta”. Todavia, não basta constatar problemas e publicá-los. É preciso constatar problemas, torná-los públicos, porque vivemos numa Democracia, e implementar soluções tendentes a minorá-los. Entretanto, isto somente poderá ser feito com coleta de dados, armazenamento, compartilhamento e análise destes, de maneira eficiente, com vistas à produção de conhecimento.

O CNJ o fez pela primeira vez em 2016 e o CNMP ainda trilha caminhos tortuosos, certamente, por dificuldades inerentes à própria “Big Data”, ou KDD, como, por exemplo, a complexidade e o volume de dados gerados, bem como a enorme quantidade de informação não-estruturada que necessita de tratamento para que possa ser aproveitada em prol dos “negócios” institucionais.

O relatório do CNJ do ano de 2016 nos informa, por exemplo, que colhe inúmeras informações de cada um dos 100.000.000,00 (cem milhões) de processos em trâmite no Judiciário nacional, dentre outros dados. Ora, coletar tantos dados de maneira organizada e sistematizada já é um desafio monumental. Minerar tais dados manualmente, com intuito de produzir conhecimentos, por exemplo, seria tarefa impossível para qualquer ser humano.

O Conselho Nacional de Justiça, CNJ, no estudo “Justiça em números – 2016”, assim informa, verbo ad verbum:

Ainda que se perceba o apreço com que tratamos o Relatório Justiça em Números, o CNJ tem trabalhado com afinco para aperfeiçoar ainda mais a produção de informações oficiais sobre o Judiciário brasileiro. Não apenas buscamos o aprimoramento constante do Relatório, como temos clareza de que é chegada a hora de darmos passos ainda mais ousados. A partir da experiência com o Justiça em Números, o CNJ decidiu planejar e executar uma verdadeira revolução das estatísticas judiciárias oficiais, idealizada já há pelo menos três anos. (...) Uma vez completa, tal base de dados estará entre as maiores e mais completas fontes de informações públicas existentes no país. Nela constarão mais de 100 milhões de processos, com detalhes de todas as movimentações processuais, classes, assuntos, identificação das partes e de advogados, endereço, entre outras informações. (...) Por derradeiro, convidamos a todos a avaliarem e a refletirem sobre os conteúdos a seguir, cientes de que avançamos, mas também conscientes de que há ainda muito a avançar. Se só se aprimora aquilo que se conhece, temos consciência de que o paralelo entre gestão e informação não será olvidado, pois é dele que emanará a compreensão necessária para fazermos do Poder Judiciário referência não apenas na produção de dados, mas na sua transformação em diretrizes e linhas de ação.

Não basta, portanto, o desejo de fazê-lo, muito menos formar dezenas de comissões de análise e realizar inúmeras reuniões. É preciso compreender que esta complexidade de dados exige conhecimentos especializados e, principalmente, recorrer ao uso intensivo de tecnologias, recursos de informática, fórmulas matemáticas, conhecimentos estatísticos, etc. O relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2016, às fls. 22, ao abordar a metodologia do estudo, explica uma das fórmulas utilizadas para se classificar os Tribunais em portes, pequeno médio e grande. Vejamos:

4 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>

$$Y_i = \mathbf{e}_i' \mathbf{X} = e_{i1}X_1 + e_{i2}X_2 + \dots + e_{ip}X_p, \text{ com } i = 1, 2, \dots, p$$

A partir de então tem-se:

$$\text{Var}(Y_i) = \mathbf{e}_i' \Sigma \mathbf{e}_i = \lambda_i, \quad i = 1, 2, \dots, p$$

$$\text{Cov}(Y_i, Y_k) = \mathbf{e}_i' \Sigma \mathbf{e}_k = 0, \quad i \neq k$$

Além disso, essa combinação resulta que:

$$\sigma_{11} + \sigma_{22} + \dots + \sigma_{pp} = \sum_{i=1}^p \text{Var}(X_i) = \lambda_1 + \lambda_2 + \dots + \lambda_p = \sum_{i=1}^p \text{Var}(Y_i)$$

Ou seja, a soma das variâncias das p componentes principais é igual à soma das variâncias das p variáveis originais. Consequentemente, a proporção de variância populacional explicada pela k -ésima componente principal é igual:

$$\left(\text{Proporção do Total da variância explicada pela } k\text{-ésima componente principal} \right) = \frac{\lambda_k}{\lambda_1 + \lambda_2 + \dots + \lambda_p}, \quad k = 1, 2, \dots, p$$

Ou seja, apenas um enfoque escolhido para estudo gerou uma complexidade estatística-matemática monumental, a qual revela a necessidade de se recorrer ao uso intensivo de tecnologias, recursos de informática, fórmulas matemáticas, conhecimentos estatísticos, etc. Os dados dos Ministérios Públicos, segundo estudo do CNMP, são também extremamente volumosos. Vejamos:

“Segundo a edição, os Ministérios Públicos dos Estados (MPE) e o do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) receberam ou movimentaram 4.443.144 processos criminais em 2015. Quase 1 milhão de processos a mais quando comparado ao ano anterior. Foram oferecidas 998.183 denúncias acerca de inquéritos policiais durante o ano todo. Dos 757 mil processos criminais sentenciados pela Justiça em 2015, 80% acompanharam favoravelmente os pedidos do Ministério Público. Na área cível, foram recebidos 5.489.638 processos, sendo 14,3% sobre Direito Civil e do Trabalho, tema predominante. Os MPs apresentaram 6.304.513 manifestações (em 1º e 2ª Graus). Na atuação extrajudicial cível, foram instaurados 260.413 inquéritos civis e procedimentos preparatórios em áreas como saúde, educação, improbidade administrativa e meio ambiente, entre outras”⁵.

Assim, a tarefa de produção de conhecimento acerca de tais metadados é também hercúlea, o que revela, mais uma vez, a necessidade de se recorrer ao uso intensivo de tecnologias, recursos de informática, fórmulas matemáticas, conhecimentos estatísticos, etc. Além disso, alguns pré-requisitos precisariam ser observados: A coleta e análise profunda dos dados precisariam ser internalizadas como necessidades institucionais prementes. Não basta, todavia, coletar dados. É preciso que estes dados gerem conhecimento, bem como que promovam melhorias institucionais concretas. A “Big Data”, ou KDD, exigem, ainda, infraestrutura de TI adequada.

No Brasil, ademais, temos mais de 30 Ministérios Públicos autônomos, sendo prudente a uniformização da tecnologia utilizada. Outrossim, a Big Data gera conhecimento com rapidez mas requer ações e mudanças com a mesma agilidade, o que enfrenta desafios na burocracia estatal. Ou seja, se é possível captar e minerar milhões de dados em pouco tempo, gerando informação institucional relevante, é preciso também agir de maneira célere em resposta ao conhecimento obtido.

A obtenção de dados fidedignos exige o estabelecimento também de parcerias com outras instituições, bem como o compartilhamento de informações, em contrapartida. Além disso, é preciso mão de obra qualificada.

2.2 - A “business intelligence” e o princípio da eficiência na gestão ministerial;

Neste contexto é que propugnamos pela disseminação nos Ministérios Públicos da “business intelligence”, já que a coleta de dados já vem sendo aprimorada há anos, com a participação ativa do CNMP, o que propicia a captura de metadados de maneira uniforme em todo território nacional e a consequente possibilidade de análise comparativa entre as diferentes unidades do *Parquet* e o cotejo da evolução de determinado MP no tempo.

A “business intelligence”, por sua vez, é conceituada em sites especializados como o conjunto de técnicas e ferramentas para auxiliar na transformação de dados brutos em informações significativas e úteis.

⁵ <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9472-mp-um-retrato-traz-dados-sobre-a-atuacao-do-ministerio-publico?highlight=WYJyZXRYXRRvliwcmV0emF0bycsII0=>

As tecnologias BI seriam capazes de suportar uma grande quantidade de dados desestruturados para ajudar a identificar, desenvolver e até mesmo criar estratégias gerenciais.

O objetivo do BI é permitir uma fácil interpretação do grande volume de dados gerados, identificando gargalos, dificuldades de fluxo, novas oportunidades, áreas pouco exploradas, e, principalmente, gerando conhecimentos sobre a atividade desenvolvida com base nos quais poderão ser implementadas estratégias efetivas, desenvolvendo-se as atividades meio e fim com mais eficiência.

Não é demais lembrar que a eficiência foi erigida pela Emenda Constitucional n. 45 à condição de princípio da administração pública brasileira e que o Ministério Público é um dos mais importantes guardiões da Constituição Federal. Assim, deve vivenciar a eficiência como prática constitucional cotidiana.

Tecnologias BI fornecem histórico atual e previsíveis visões das operações de negócios. As habituais funções do BI são relatórios, processos de análise online, análises, mineração de dados, processamento de eventos complexos, gerenciamento de desempenho dos negócios, análises previsíveis e análises prescritivas. Decisões de estratégia de negócios abrangem prioridades, objetivos e direções do mais amplo nível.

Todos os Ministérios Públicos já se utilizam nos dias atuais da “business intelligence”, especialmente na seara investigativa criminal. Ao utilizar o “SIMBA”, em investigações bancárias, estar-se-á utilizando a BI. Com o Simba, conforme artigo publicado no CONJUR, “as instituições financeiras, após autorização judicial, passam a enviar os registros bancários por meio eletrônico, estruturados e em um leiaute único. O Sistema gera relatórios automáticos, o que facilita a análise, e torna desnecessário o deslocamento de servidor para o planilhamento dos dados, podendo ser este servidor utilizado para outras atividades”⁶. Os avanços nesta seara foram significativos.

O Ministério Público brasileiro, portanto, está usando a ferramenta para produzir resultados sociais externos ao MP, relacionados à atividade-fim, para que sejam obtidas, por exemplo, provas mais robustas em processos criminais, eventualmente fornecer informações aos órgãos de Segurança Pública e da Justiça, o que é também excelente.

O Ministério Público do Estado da Bahia, por exemplo, divulgou em seu site a CION – Central de Inquéritos Online:

“Eles fizeram ainda a entrega do Sistema Central de Inquéritos Online (Cion), com utilização de Business Intelligence (B.I.). Segundo Villas Boas, “a ferramenta facilitará o peticionamento eletrônico e, ao mesmo tempo, propiciará uma B.I estruturada com os delitos cometidos em Feira de Santana, proporcionando aos membros do MP uma melhor compreensão da criminalidade na localidade”⁷.

Em outra notícia se explicita uma das funcionalidades da CION:

“O Mapa Criminal também foi uma das experiências apresentadas aos visitantes. Os dados compilados pela Central de Inquéritos são utilizados na formulação de políticas públicas, permitindo, por exemplo, um diagnóstico completo através de mapas de calor com mancha criminal por toda a cidade”⁸.

Todavia, no universo corporativo-empresarial privado um dos focos da BI é a análise do ambiente interno da “empresa”, o que também poderia produzir excelentes resultados em órgãos e instituições públicas, como o Ministério Público.

Ou seja, os Ministérios Públicos já possuem softwares de BI, já se utilizam de ferramentas de análise de vínculos, já possuem servidores treinados, têm acesso à metadados estruturados, mas o fazem de maneira subaproveitada.

Poderiam fazê-lo, por exemplo, para melhor definição do número de promotorias por regionais e cidades, divisão de atribuições entre promotorias, critérios de priorização para o provimento de promotorias vagas, dentre outras tantas utilizações possíveis, como para correições sistêmicas pela Corregedoria, de todo o Ministério Público e não apenas de algumas promotorias escolhidas com periodicidade, para acompanhamento de unidades ministeriais mais produtivas, para fins de conhecimento e disseminação de experiências bem sucedidas, bem como identificação de quedas de produtividade e de seus respectivos motivos, análise da real necessidade de designação de auxiliares e/ou criação de novas PJs, etc.

2.3 – Definição do número de promotorias por regionais e cidades, divisão de atribuições entre promotorias e critérios de priorização para o provimento de promotorias vagas – Possível a utilização do BI;

De todas as utilizações possíveis supracitadas da BI, vejamos algumas mais detalhadamente.

Neste artigo citamos como exemplo dados do Ministério Público do Estado da Bahia porque dele fazemos parte e temos maior familiaridade com seus números, mas situações como as a seguir descritas se espriam pelas demais unidades da Federação.

6 <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/suporte-litigios-sistema-investigacao-movimentacoes-bancarias-mpf>

7 <http://www.mp.ba.gov.br/noticia/29886>

8 <http://www.mp.ba.gov.br/noticia/33471>

Analizando o arcabouço normativo e regulamentar do Ministério Público do Estado da Bahia, por exemplo, não localizamos um único ato ou norma que defina critérios para a fixação do número de promotorias por regionais e/ou cidades, para a divisão de atribuições entre promotorias num mesmo Município ou critérios de priorização para o provimento de promotorias vagas, a não ser a antiguidade da vacância. Aprofundemos, por hora, em relação ao número de promotorias por cidades.

Vislumbra-se a total inexistência de critérios, sejam objetivos, subjetivos ou mistos, bem como de regras e eventuais exceções.

A discussão ocorre caso a caso, em análise dissociada de ideal sistêmico.

Exemplo: Se o Promotor da conhecida cidade de Porto Seguro na Bahia requerer a criação de mais uma promotoria naquela localidade somente se analisará a situação deste Município. Não se faz, como regra, uma análise comparativa, seja regional ou estadual, muito menos se estabelecem critérios válidos para todos os demais pleitos da mesma natureza.

A Administração Superior do Ministério Público responderá a um pleito, seja deferindo ou indeferindo, de maneira reativa, muitas vezes após a criação da demanda e a consolidação de uma demanda reprimida.

Ademais, comumente são criadas desigualdades regionais e estaduais, as quais vão se acumulando de maneira descontrolada, com efeitos cumulativos e perversos.

Vejamos:

Camaçari, cidade da região metropolitana de Salvador, com mais de 280 mil habitantes, é integrada por 11 (onze) Promotorias de Justiça, assim como Barreiras, também com 11 (onze) Promotorias, que possui 168.220 cidadãos.

Ou seja, apesar de Camaçari possuir mais de 100.000 habitantes que Barreiras as duas contam com o mesmo número de Promotorias, 11. Ambas são potências econômicas estaduais, todavia o PIB de Camaçari é 6 vezes maior que o de Barreiras, segundo o IBGE. PIB - Barreiras – 2.873.963 mil - PIB – Camaçari – 12.313.916 mil.

Camaçari, por seu turno, tem uma das maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes do mundo, juntamente com Porto Seguro e Lauro de Freitas. Assim, não se sabe porque razão ambas possuem o mesmo número de Promotorias.

A comarca de Barreiras tem 10 mil habitantes a menos que Jacobina (Barreiras - 168.220) e tem 11 promotorias, enquanto Jacobina tem 7 promotorias e 176.666 habitantes. Ademais, a comarca de Barreiras é integrada apenas por duas cidades e Jacobina por 7 municípios.

Guanambi, por sua vez, também possui 7 Promotorias, contando com população de 85.797. Possui quase o mesmo número de promotorias quanto Lauro de Freitas (8), com 191.436 habitantes. Jacobina possui quase o dobro de população e 6 cidades a mais integrando a comarca e possui 7 Promotorias, mesmo número de Guanambi. Ilhéus tem 14 promotorias, com população de 180.213, população esta quase igual a de Jacobina com 7 promotores. Ilhéus (com 14 PJs) tem mais promotores que Lauro de Freitas (8), apesar desta última possuir mais de 11 mil habitantes na comparação. Camaçari possui mais de 100.000 habitantes que Ilhéus e conta com 3 promotorias a menos.

As desigualdades são vislumbradas também em relação às entrâncias no Ministério Público da Bahia. Vejamos:

O Ministério Público da Bahia tem a carreira organizada nas seguintes classes: a) Procuradorias de Justiça; b) Promotorias de Entrância Final; c) Promotorias de Entrância Intermediária; d) Promotorias de Entrância Inicial; e, por fim, e) Promotores Substitutos.

No Ministério Público da Bahia existem, atualmente, 15 (quinze) sedes de Promotorias de entrância final no interior do Estado, além da capital.

O máximo de Promotorias por sede no interior do Estado é de 25 (vinte e cinco) em Feira de Santana e o mínimo de 7 (sete) em Porto Seguro, Paulo Afonso, Jacobina, Lauro de Freitas e Guanambi.

A variação populacional nas finais do interior do Estado vai de 626.081 habitantes em Feira de Santana a 85.797 em Guanambi.

Somente Guanambi possui população total inferior a 145.000 habitantes dentre as finais já criadas, contando com 85.797 cidadãos.

As intermediárias possuem de 02 a 08 Promotorias (com exceção da Regional Ambiental de Lençóis, que tem apenas 01 PJ).

Convém lembrar que das sedes de finais 5 (cinco) possuem 7 promotorias, quais sejam: Porto Seguro, Paulo Afonso, Jacobina, Lauro de Freitas e Guanambi, sendo que 2 possuem 8 Promotorias, Teixeira de Freitas e Alagoinhas.

Ou seja, existem intermediárias com mais promotorias que finais, sem qualquer explicação para tanto.

21 (vinte e uma) sedes de promotorias iniciais possuem população superior que a menor intermediária, que é Ibotirama, com 48.117 habitantes.

18 (dezoito) iniciais têm população superior a 50 mil habitantes. Duas intermediárias tem menos de 50 mil habitantes.

Nas iniciais existem de 1 a 3 Promotorias, sendo que somente uma possui 3, que é Amargosa. As demais possuem 1 ou 2 promotorias, sendo a regra apenas uma.

Apenas dezessete (17) sedes não possuem apenas 1 Promotoria dentre as iniciais (não necessariamente as mais populosas).

Algumas promotorias iniciais com 2 promotorias possuem umas das melhores relações “n. de promotores x 100 mil habitantes” do Brasil, sem qualquer explicação razoável para tanto, sendo que a média da Bahia é a pior do Brasil.

Portanto, a ausência de critérios para se determinar o número de promotorias numa Comarca-PJ se repete em relação à definição de que entrância pertencerá determinada Promotoria.

Assim, a gestão de pessoas fica completamente comprometida, bem como o planejamento e a distribuição equânime da força de trabalho no território estadual.

Ademais, são criados conflitos intra-institucionais e a Administração Superior tem que resolvê-los sem critérios pré-definidos, sem planejamento e de maneira reativa.

O Ministério Público se torna reativo, reagindo às decisões do TJ, a fatos, a pleitos individuais de seus membros, a decisões dos demais órgãos públicos, etc. A autonomia deferida constitucionalmente à Instituição acaba relegada a segundo plano. O Ministério Público se organiza a reboque de outras instituições.

Aumenta o número de magistrados, de cidades integrando a comarca (extinções e desativações), aumenta o número de processos, o número de presos, a população (explosões populacionais), o número de defensores públicos e de advogados inscritos na OAB, o número de homicídios, etc, e, com base nestes acontecimentos, é postulado o aumento do número de Promotorias, caso a Promotoria tenha titular ou substituto atuante e este entenda que está sobrecarregado, segundo julgamento individual e subjetivo dele. Caso a promotoria esteja vaga e ninguém se incomode com os fenômenos supra, a demanda acumula e fica reprimida. Muitas vezes ocorre o inverso e, neste caso, ninguém postula a extinção de promotorias.

Assim, como regra, ou os problemas se acumulam ou são criadas novas Promotorias olhando-se para o passado ou, no máximo, para o presente, nunca para o futuro.

Não se trabalha, neste particular, com a antecipação de cenários e tendências, com planejamento efetivo e sistêmico.

Outrossim, o Ministério Público não reorganiza a carreira periodicamente com base em planejamento sistêmico e a inamovibilidade ministerial ganha novos contornos, agora institucionais.

Todavia, com a utilização da BI seria possível a instituição de um planejamento ministerial fundamentado em dados concretos e não em “achismos” de órgão colegiados bem intencionados.

Com a BI seria possível, por exemplo, definir dados relevantes e catalogá-los, v.g: a - número de magistrados e Varas; b - cidades integrando a comarca; c - número de processos (acervo); d - número de processos novos por ano; e - número de presos; f - a população; g - Extensão territorial da comarca; h - PIB per capita; i - número de homicídios; j - Audiências; l - Sentenças; m - Inquéritos Cíveis e procedimentos instaurados por ano; n - Acervo de Inquéritos Cíveis e procedimentos; o - média de promotor por 100 mil habitantes, dentre outros tantos.

Estes dados seriam compilados semestralmente e analisados com o auxílio da “business intelligence”, preferencialmente pela área-meio do MP.

Deveria ser editado, outrossim, ato normativo regulamentando critérios objetivos, com a utilização da “business intelligence”, para a fixação do número de promotorias por cidade e/ou regional. Eventualmente seriam criados critérios de excepcionalidade, desde que, antes da tomada de qualquer decisão, a classe fosse consultada, bem como fosse o ato administrativo fundamentado no interesse público e publicado.

Seria promovida uma primeira revisão geral do número de promotorias existentes no Estado, criando-se e extinguindo tantas promotorias quanto fossem as indicadas pelo conhecimento gerado pela BI.

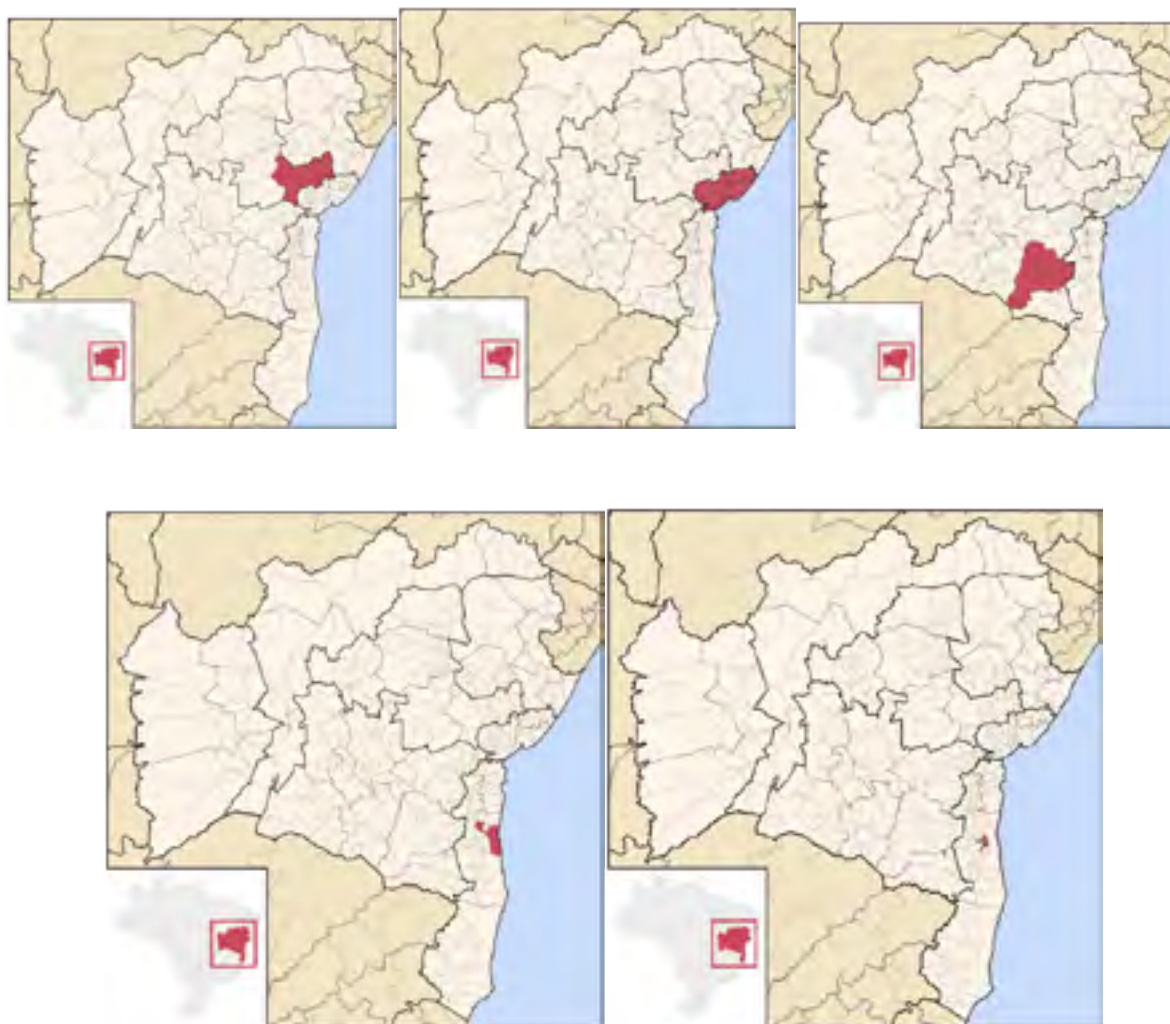
Anualmente seriam reavaliados os dados e pro-ativamente seriam propostas e efetivadas alterações, seja pela Procuradoria-Geral de Justiça ou pelas Corregedorias, evitando-se, assim, a postura reativa e a prevalência odiosa do brocardo: “quem não chora não mama”, que privilegia aqueles que mais reclamam de sobrecarga de trabalho, muitas vezes injustamente, sem fundamento em dados concretos.

O mesmo raciocínio se aplicaria à definição de critérios para a divisão de atribuições dentro de uma mesma comarca, de forma a equalizar a demanda de maneira mais equânime.

Além disso, num universo de escassez de membros, como o verificado no Ministério Público do Estado da Bahia, onde existem 246 cargos vagos de Promotor de Justiça num universo de 828 existentes (29,7% dos cargos estão vagos – segundo dados do Portal da Transparência de janeiro de 2017), o oferecimento de promotorias vazias não deveria levar em consideração apenas a data de eventual vacância ou o desejo individual de determinada pessoa de se promover ou remover para aquela localidade.

O interesse público deve ser buscado considerando fatores diversos, que podem também ser satisfatoriamente apurados através da BI e da aplicação de médias ponderadas.

A não utilização de critérios como os ora propostos no MP – Ba resultou na seguinte situação por nós identificada: Nas cinco áreas vermelhas abaixo elencadas estão concentrados 407 (quatrocentos e sete) membros do MP – Ba, que representam 68,98% dos promotores e procuradores em atividade na Bahia, dados de Dezembro de 2016. Verifica-se, portanto, uma intensa concentração de Promotores nestas 5 regiões, que possuem, no total, 81 (oitenta e um) municípios. Na Bahia existem 417 (quatrocentos e dezessete) municípios. Assim, em 19,42% dos municípios baianos estão concentrados 68,98% dos membros do Ministério Público da Bahia. Vejamos os mapas:



Assim, nestas áreas em vermelho, que correspondem a 19,42% dos municípios baianos (81 municípios de um total de 417), estão concentrados 68,98% dos membros do Ministério Público da Bahia (407 Promotores e Procuradores de Justiça).

A situação supracitada se consolidou a longo de décadas, mas se acentuou nos últimos anos. Segundo lista de antiguidades de membros do MP publicada em 08 de setembro de 2016 no DJE, Diário de Justiça Eletrônico, a carreira ministerial assim estava distribuída na Bahia em relação às entrâncias nesta data: 57 – Procuradores; 337 – Promotores em entrância Final, sendo: 206 – Final na Capital; 131 – Final no Interior; 125 – Promotores de entrância Intermediária; 24 – Promotores de entrância Inicial; 47 Promotores Substitutos; Total – 590 membros.

Em março de 2013, 3 anos e seis meses antes, segundo dados extraídos do portal da transparência do MP Ba (que não possui dados de março de 2012 ou de anos anteriores), a realidade era a seguinte: Total 570 membros; 47 Procuradores de Justiça; 220 Promotores de final; 218 de intermediária; 85 em iniciais;

Em 3 anos e 6 meses foram criados e providos 10 (dez) cargos de Procurador de Justiça, 117 (cento e dezessete) Promotores de Justiça foram promovidos para a entrância final, a intermediária perdeu 93 membros e a inicial perdeu 61 promotores. Sem contar a titularização de substitutos, *ocorreram, em 3 anos e 6 meses, 281 promoções*. Assim, ocorreu, pelo menos, uma promoção a cada 4 dias (365x3 dividido por 281 promoções = 3,89). Não foram contabilizadas as remoções. Este número equivale a quase 50% dos membros atuais.

Teríamos, ainda, 263 membros na Capital, do total de 590, e 327 membros no interior. Portanto, 44,57% da carreira estaria na Capital. Em termos de população, Salvador possui 2.675.656 habitantes (IBGE 2010). A Bahia, por sua vez, possui 14.016.906 habitantes. Salvador possui 19% da população do Estado, contando com mais de 44,57% dos promotores e procuradores baianos. A média de promotores por 100.000 habitantes em Salvador é de 9,79. Esta seria a quarta melhor média nacional, só perderia para o MPDFT, MP Amapá e MP Roraima, segundo dados do CNMP.

Considerando a Bahia sem os promotores de Salvador e sem a população de Salvador, temos uma média no interior de 2,89 promotores para cada 100.000 habitantes. Lembrando que a média da Bahia, que já é a pior do Brasil, é de 3,90⁹.

Ou seja, é urgente a instituição de uma sistematização de tais questões, sob pena da atividade-fim restar inviabilizada na maior parte do território baiano. Em nosso sentir isto somente pode ser feito com uso intenso de BI.

2.4 – Corregedorias e correições sistêmicas;

As Corregedorias dos Ministérios Públicos, diferentemente do CNMP, ainda insistem em atuar com enfoque eminentemente individual, através de correições ordinárias ou extraordinárias, sindicâncias e processos administrativos disciplinares. No âmbito coletivo a atuação se resume, quase que na totalidade dos casos, à expedição de recomendações, que atuam, na prática, tal qual súmulas de entendimentos para fins de utilização em correições ordinárias ou extraordinárias, sindicâncias e processos administrativos disciplinares.

Todavia, a própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Federal n. 8.625, prevê em seu artigo 17 três instrumentos de atuação sistêmica, conglobante, da Corregedoria, nos incisos IV (recomendações), VII (remessa aos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público informações necessárias ao desempenho de suas atribuições) e VIII (relatório com dados estatísticos).

Entretanto, as atribuições dos incisos VII e VIII supracitados encontram-se esvaziada. Desconheço e não consta do site do MP – Ba¹⁰, por exemplo, o relatório citado no art. 17, inciso VIII, da Lei Federal n. 8.625. Caso produzido, não foi o mesmo suficientemente divulgado.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, já editorou revista da Corregedoria Nacional, excelente, diga-se de passagem, estando outras duas no prelo¹¹, sendo que somente identifiquei um artigo jurídico que trata especificamente da atribuição do art. 17, inciso VIII, da Lei Federal n. 8.625, da lavra de Robson Renault Godinho, intitulado “AS CORREGEDORIAS E A ATUAÇÃO REPRESSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO”.

Ou seja, o único artigo jurídico que trata da questão de maneira direta enfoca a atuação repressiva da Corregedoria.

Identificamos, ademais, outro artigo que aborda a questão da gestão estratégica e mesmo assim no âmbito da Corregedoria Nacional, outro que tangencia o planejamento estratégico a título de *obiter dictum* e outros dois que falam da atuação preventiva das Corregedorias, os quais poderiam ter alguma relação com o quanto ora proposto, consistente numa atuação da Corregedoria de forma sistêmica, através de correições em toda a estrutura ministerial simultaneamente, mediante o exercício das atribuições previstas no art. 17, incisos IV, VII e VIII, da Lei Federal n. 8.625¹².

Assim, já existe arcabouço normativo a subsidiar a atuação ora proposta.

Num dos artigos acima mencionado, intitulado “CORREGEDORIAS E MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO”, da lavra de Marcelo Pedrosa Goulart, o autor analisa modelos normativos de Corregedoria já existentes de modo a pontuar aquele que acredita ser o ideal. Assim conclui o autor:

9 http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf

10 <http://www.mpba.mp.br/area/corregedoria/biblioteca/193>

11 Volume I, que aborda a temática referente ao Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público, sendo que o Volume II versará sobre A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público e o Volume III terá como matéria A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público.

12 Fonte - <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/revista-juridica-corregedoria-nacional.pdf>

“A mudança legal, que no seu conjunto, promoveu ampla reforma estrutural no Ministério Público de Goiás, deu novo status à Corregedoria, valorizando o seu papel institucional. Além de orientar e fiscalizar atividade e conduta de agentes políticos individualmente considerados, esse órgão passa a desenvolver atividades de controle da efetividade institucional, atendendo às exigências do Ministério Público contemporâneo. Dessa nova configuração, cinco pontos podem ser destacados: • equiparação do grau de importância das atividades de controle de efetividade institucional às de controle de desempenho e conduta individuais; • ampliação do alcance de sua ação, que, na nova normatização, abrange todos os órgãos institucionais (executivos, administrativos e auxiliares) e seus integrantes; • cumprimento das metas dos planos e programas institucionais como dever funcional de agentes políticos e administrativos do Ministério Público; • valorização das Promotorias e Procuradorias de Justiça como unidades de implementação da política institucional; • uso dos instrumentos de gestão estratégica como parâmetro de fiscalização e avaliação. Pode-se concluir que, hoje, o modelo goiano de Corregedoria é o que melhor se adequa à proposta de um Ministério Público resolutivo.

Um dos aspectos ressaltados nos chama a atenção: “equiparação do grau de importância das atividades de controle de efetividade institucional às de controle de desempenho e conduta individuais”.

Nossa proposta é semelhante, a qual, todavia, indica instrumentos que podem ser utilizados para tanto: “big data”, KDD e “business intelligence”.

Assim, as Corregedorias dos Ministérios Públicos, uma vez ao ano, a título de implementar as atribuições previstas no art. 17, incisos IV, VII e VIII, da Lei Federal n. 8.625, deveriam realizar correições ordinárias sistêmicas em todas as estruturas ministeriais, simultaneamente, tal qual as inspeções da Corregedoria Nacional que são realizadas nos Estados, com a utilização dos dados colhidos durante o ano através dos relatórios mensais encaminhados ao CNMP, com fulcro nos relatórios de inspeções ordinárias e extraordinárias realizadas no período, confrontando-se os dados colhidos com os documentos “Ministério Público: um retrato”, publicado há 6 anos, com uso de “big data”, KDD e “business intelligence”, de forma a identificar gargalos, dificuldades de fluxo, novas oportunidades, áreas pouco exploradas, e, principalmente, gerando conhecimentos sobre a atividade desenvolvida por todos, com base nos quais poderão ser sugeridas estratégias efetivas para o desenvolvimento das atividades meio e fim com mais eficiência.

Tratar-se-ia de atuação eminentemente preventiva e de orientação, assumindo a Corregedoria uma maior preponderância na formulação de políticas institucionais, mesmo porque muitas vezes a produtividade individual do membro do MP é, sobremaneira, prejudicada por decisões administrativas irrefletidas da Administração Superior, por dificuldades estruturais que precisam ser debatidas e equacionadas, bem como por sobrecargas de atribuições que não podem ser imputadas ao membro sobrecarregado, mas sim decorrente de uma desorganização institucional sistêmica, que apesar de existente muitas vezes é ignorada, propositalmente, por todos.

O relatório desta correição sistêmica seria encaminhado aos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, ao CNMP, a todos os membros, bem como publicizado, para conhecimento e discussão, implementando-se uma política concreta de enfrentamento dos problemas encontrados, com o estabelecimento de metas e projetos específicos para a solução destes pelas Procuradorias-Gerais e por todos os membros.

Além disso, é preciso estreitar a relação entre as Procuradorias-Gerais, Corregedorias e os Centros de Apoio, de forma que a cada ano estes órgãos, especialmente os Centros de Apoio, se debrucem sobre o documento produzido pelo CNMP, “Ministério Público: um retrato”, confrontando-o com o relatório da Correição Sistêmica supracitada do mesmo ano-calendário, de forma que sejam produzidos conhecimentos específicos sobre os “metadados” obtidos, bem como que sejam efetivadas propostas para a melhoria da efetividade das atividades-fim e meio do MP.

Os Centros de Apoio precisam deixar de ser, na maior parte dos casos, com raríssimas exceções, meros compiladores de doutrina e jurisprudência, devendo assumir papéis institucionais de maior preponderância.

3 – PROPOSTA DE ENUNCIADO (SÍNTESE DOGMÁTICA);

3.1 - O Conselho Nacional do Ministério Público deve fomentar e exigir a disseminação nos Ministérios Públicos da “business intelligence”, como forma prioritária de análise dos “metadados” já coletados no ambiente orgânico.

3.1.1 - A “business intelligence” deve ser utilizada nos Ministérios Públicos para a produção de conhecimentos no ambiente interno dos “negócios” e procedimentos ministeriais, no sentido de identificar, desenvolver e até mesmo criar estratégias gerenciais fundamentadas no interesse público e princípio da eficiência.

3.1.2 - O CNMP deve fomentar que a “business intelligence” seja utilizada, pelo menos, para a definição de critérios para a fixação do número de promotorias por regionais e cidades, divisão de atribuições entre promotorias de um mesmo municípios, critérios de priorização para o provimento de promotorias vagas, para efetivação de correições sistêmicas pela Corregedoria, de todo o Ministério Público e não apenas de algumas promotorias selecionadas periodicamente, para acompanhamento de unidades ministeriais mais produtivas, para fins de conhecimento e disseminação de experiências bem sucedidas, bem como identificação de quedas de produtividade e de seus respectivos motivos, análise da real necessidade de designação de auxiliares e/ou criação de novas PJs, bem como outras utilizações pertinentes.

3.1.3 - As Corregedorias dos Ministérios Públicos, uma vez ao ano, a título de implementar as atribuições previstas no art. 17, incisos IV, VII e VIII, da Lei Federal n. 8.625, deveriam realizar correições ordinárias sistêmicas em todas as estruturas ministeriais, simultaneamente, tal qual as inspeções da Corregedoria Nacional que são realizadas nos Estados, com a utilização dos dados colhidos durante o ano através dos relatórios mensais encaminhados ao CNMP, com fulcro nos relatórios de inspeções ordinárias e extraordinárias realizadas no período, confrontando-se os dados colhidos com os documentos “Ministério Público: um retrato”, publicado há 6 anos, com uso de “big data” e “business intelligence”, de forma a identificar gargalos, dificuldades de fluxo, novas oportunidades, áreas pouco exploradas, e, principalmente, gerando conhecimentos sobre a atividade desenvolvida por todos, com base nos quais poderão ser sugeridas estratégias efetivas para o desenvolvimento das atividades meio e fim com mais eficiência.

3.1.4 - O relatório desta correição sistêmica seria encaminhado aos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, ao CNMP, a todos os membros, bem como publicizado, para conhecimento e discussão, implementando-se uma política concreta de enfrentamento dos problemas encontrados, com o estabelecimento de metas e projetos específicos para a solução destes pelas Procuradorias-Gerais e por todos os membros.

3.1.5 - Além disso, é preciso estreitar a relação entre as Procuradorias-Gerais, Corregedorias e os Centros de Apoio, de forma que a cada ano estes órgãos, especialmente os Centros de Apoio, se debruçam sobre o documento produzido pelo CNMP, “Ministério Público: um retrato”, confrontando-o com o relatório da Correição Sistêmica supracitada do mesmo ano-calendário, de forma que sejam produzidos conhecimentos específicos sobre os “metadados” obtidos, bem como que sejam efetivadas propostas para a melhoria da efetividade das atividades-fim e meio do MP.

*CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS
ESTADOS, BEM COMO INTERESTADUAL
(MPUXMPE OU MPEXMPE): CONFLITO
FEDERATIVO A SER DIRIMIDO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹*

ROGÉRIO SANCHES CUNHA*

RENEE DO Ó SOUZA**

SÍNTESE DOGMÁTICA:

A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que cabe ao PGR dirimir os conflitos de atribuição entre membros do Ministério Público não deve prosperar, seja porque não é vinculante, seja porque inexistente possibilidade jurídica que posicione o PGR como agente capaz de exercer qualquer tipo de controle sobre os atos e decisões tomadas pelos membros do Ministério Público Estadual. Em verdade, nesses casos, resta consolidado um autêntico conflito federativo, apto a abalar o pacto federativo.

1 APROVADA POR UNANIMIDADE

* Membro do Ministério Público de São Paulo (promotor de Justiça) – Professor de Penal da Escola Superior do MP/SP – Professor de Penal e Processo Penal no CERS - CURSOS ONLINE (www.cers.com.br)

**Membro do Ministério Público de Mato Grosso (Promotor de Justiça)

FUNDAMENTAÇÃO:

O Supremo Tribunal Federal, nas Ações Cíveis Originárias (ACO) 924 e 1394, mudou seu posicionamento² e decidiu que, no conflito de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, é o Procurador Geral da República quem deve solucionar a controvérsia. Com o merecido respeito, esse entendimento da Corte Maior deve ser revisto, pois afronta a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. Não sem razão rendeu MOÇÃO DE DESCONTENTAMENTO aprovada no Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Estados e da União, em agosto de 2016. Esse descontentamento é geral (ao menos, nos MPs dos Estados). Vejamos.

Nos termos do art. 128 da CF/88, o Ministério Público abrange: o Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos dos Estados. O §1o. do mesmo artigo anuncia que o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República (...).

Percebe-se, com certa facilidade, autonomia entre o MPU os MPes, os últimos não sendo subordinados funcional, financeira e/ou administrativamente ao primeiro. Essa arquitetura montada pelo Constituinte fica confirmada pelos §§ 1o. ao 3o. do art. 127 da Carta Maior, ao dispor que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§1o.), sendo que cada MP elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (§3o.).

Informada pela estrutura anunciada na Constituição, a Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do MPU), nos seus artigos 26, inciso VII, e 49, inciso VIII, estabelece ser atribuição do PGR, como chefe do MPU, dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do MPU e os conflitos de atribuições entre órgãos do MPF. Já a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional dos MPs estaduais), no seu artigo 10, inciso X, prevê competir ao PGJ, como chefe da instituição, dirimir conflitos de atribuições entre seus membros.

A LOMPU, portanto, seguindo fielmente a Carta Maior, consideradas as atribuições legais do PGR, estabeleceu a ele competir, como chefe do MPU, apenas e tão somente solucionar os conflitos entre integrantes de ramos diferentes do MPU e entre órgãos do MPF. E não poderia ser diferente. MP da União e MP dos Estados têm estruturas funcionalmente autônomas. Por isso, alerta Emerson Garcia:

“Tratando-se de estruturas funcionalmente autônomas, é juridicamente insustentável a tese de que o conflito deveria ser solucionado por integrante de uma delas, o que terminaria por dar azo a uma espécie de subordinação institucional. Nessa perspectiva, sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, não é admissível, como parece a alguns, que um órgão que atue no âmbito federal, como é o PGR, possa impor suas deliberações aos MPs dos Estados. A resolução dos conflitos de atribuições, em sede administrativa, pressupõe a existência de um escalonamento hierárquico entre a autoridade que irá solucioná-lo e aqueles que deverão acatar sua decisão, pressupondo que permitirá a eventual punição do recalcitrante e que se encontra ausente na hipótese³”.

Ora, não sendo possível, lógica, política e juridicamente, a tese de o PGR dirimir conflitos envolvendo órgãos do MPU e MP dos Estados ou entre MPs de Estados diferentes, pergunta-se: qual (a instituição) o órgão que deve assumir essa tarefa? A lacuna existe e o uso da analogia é inevitável. Na tarefa de suprimi-la, no entanto, o intérprete deve ater-se aos seguintes pressupostos, a saber: a existência de um conflito federativo, cuja apreciação só pode passar por órgão institucionalmente equidistante daqueles envolvidos e, ao mesmo tempo, colegiado.

Dentro desse espírito democrático, no plano constitucional chama a atenção um dispositivo: o artigo 102, inciso I, “f”, que afirma ser de competência do STF processar e julgar, originariamente, as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Quando dois MPs de Estados diferentes (ou MP estadual e MPF) colidem nas suas teses, instaurado está um conflito federativo. Por esta razão, parece-me que o STF é o órgão competente para dirimir a controvérsia, na esteira do já mencionado artigo 102, I, “f”, da nossa Bíblia Política”. E não seria a primeira vez que se recorreria à Corte Maior na salvaguarda da federação. Sabemos que a ação popular deve ser proposta, originariamente, no primeiro grau da Justiça comum, não existindo competência originária dos Tribunais para julgar ações dessa natureza, ainda que movida contra alguma autoridade detentora de foro por prerrogativa de função. Contudo, como bem lembram Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, o STF, na ACO 622/RJ e Rcl 2.833/RR, já decidiu a ele competir julgar originariamente ação popular quando envolver conflito federativo estabelecido entre a União e Estado-membro ou Distrito Federal, aplicando o art. 102, I, “f”, da CF (Direito Constitucional Positivo, T II, 2017, Salvador: Juspodivm, versão digital).

O próprio Supremo Tribunal já decidiu que somente o autêntico conflito federativo, que envolve entes federativos autô-

² A posição anterior, no sentido de que competia ao STF dirimir este conflito, consolidou-se após a decisão tomada no conflito de atribuições apresentado pelo Ministério Público Federal junto à Excelsa Corte nos autos da Ação Cível Originária - ACO 1382.

³ Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico, 5ª.ed, SP, Saraiva, 2015, p. 315.

nomos, qualificado pelo potencial de desequilibrar o pacto federativo, deve ser por ele dirimido. Neste sentido: “O conflito entre os entes federados têm densidade suficiente para abalar o pacto federativo, e, portanto, está apto a deslocar a competência da ação para a Suprema Corte. 4. Reclamação julgada procedente para determinar a remessa à Suprema Corte da Ação Ordinária nº 780-89.2011.4.01.3200 e das Ações Cíveis Públicas nºs 10007-40.2010.4.01.3200 e 11-81.2011.4.01.3200, em trâmite na 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas”. (Rcl 12957. Rel. Min. Dias Tofoli, 1ª T., j. 26/08/2014. DJe 04-11-2014).

E, de fato, não existe no nosso arcabouço legislativo, constitucional ou infraconstitucional, solução melhor.

De lege lata, não cabe ao STJ, pois encarregado apenas de resolver conflitos de jurisdição (art. 105, I, “d”, CF).

Ao PGR muito menos, pois lhe falta os pressupostos acima mencionados, destacando-se: órgão institucionalmente equidistante dos interessados e colegiado⁴. Aliás, suas decisões em futuros conflitos não vinculam o Judiciário, bem como os MPs sobre os quais não exerce tem função de chefia.

Nem se argumente que o “pano de fundo” que inspirou essa mudança na orientação da mais alta Corte do país estaria relacionado ao excesso de trabalho e aos inúmeros pedidos de solução dos conflitos pendentes de apreciação. Tratam-se, com efeito, de questões que, embora relevantes, não podem culminar com a adoção de teses que violem a CF e leis dela decorrente, periclitando o pacto federativo.

Além disso, ao contrário do que supõe o julgamento proferido, a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público brasileiro não habilitam o Procurador-Geral de Justiça agir em nome de todos os Ministérios Públicos do Brasil, ou seja, não lhe empresta uma atuação e representação nacional sobreposta aos demais ramos do Ministério Público.

Sobre o assunto, com muita propriedade, ensina Hugo Nigro Mazzili, que o princípio da unidade e indivisibilidade sempre foram objeto de estudo acrítico no Brasil. Por isso, utilizando-se da doutrina italiana, sob o ponto de vista dos vários órgãos do Ministério Público brasileiro, não há verdadeira unidade “como entre nós se pode ver com maior evidência, diante do nosso estado federado, pela ausência de vínculos entre o procurador-geral da República e os procuradores-gerais de Justiça nos Estados”. Segundo o Procurador de Justiça paulista, “Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro”⁵. Disso conclui-se que as posições do PGR não vinculam nem os membros estaduais, e nem os próprios membros do Federal, que gozam de independência funcional e, naturalmente, podem opor exceção de incompetência defendendo ponto vista diferente do PGR.

Além disso, o art. 9º-A da Resolução 23/2007 do CNMP⁶, que regulamenta a tramitação do inquérito civil, prevê que declínio de atribuição deverá ser submetido a referendo do órgão de revisão competente, cria um importante filtro institucional para suscitação de conflito de atribuições, o que pode reduzir a quantidade de casos que deverão desaguar na Excelsa Corte⁷. Não se subestime esta problemática visto que utilizada pelo Min. Ricardo Lewandowski, por exemplo, para invocar “o argumento de ordem prática” de que “o STF não pode resolver esses conflitos de competência em tempo hábil”. Além disso, a provocação dos órgãos de revisão competentes para apreciação desses casos pode resultar na uniformidade de entendimentos de cada uma das instituições de modo a permitir a edição de enunciados orientativos.

Outro importante filtro foi o vislumbrado no Processo de Controle de Autonomia do CNMP n.º 1.00717/2016-53, que versava um caso de atuação invasiva de um ramo do Ministério Público sobre outro. No caso concreto, decidiu-se que nos casos em que a matéria em discussão é notoriamente de competência/atribuição de um dos ramos⁸, inexistente propriamente um conflito de atribuições, devendo o CNMP intervir para o fim de assegurar a autonomia do Ministério Público evidentemente competente para o caso⁹. Esse julgamento paradigmático revela que a tese de que cabe ao Procurador-Ge-

4 Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reportando-se a precedentes, proclamara, na dicção do Ministro José Delgado, que “a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não se conhece de conflito de atribuições, por incompetência da Corte, em que são partes o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses previstas no art. 105, I, da CF/1988” (acórdão publicado no Diário da Justiça de 18 de abril de 2005). Outro precedente da mesma Corte: CAT 155-PB, DJ 3/11/2004. Mais recentemente: [CAT 169-RJ](#), rel. originária Min. Laurita Vaz, rel. para acórdão Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 23/11/2005.

5 MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 8ª ed. 2014. São Paulo: Saraiva. p. 130-134.

6 Art. 9º-A Após a instauração do inquérito civil ou do procedimento preparatório, quando o membro que o preside concluir ser atribuição de outro Ministério Público, este deverá submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, no prazo de 3 (três) dias. (Incluído pela Resolução nº 126, de 29 de julho de 2015).

7 Não se desconhece a Adi (n.º 5434) proposta pela Conamp em face dessa resolução sob a tese que restaria violada a independência funcional do membro do Ministério Público que declina da atribuição.

8 Poderíamos citar alguns exemplos de situações em que inexistente discussão acerca da competência/atribuição de dos ramos do Ministério Público, como casos de danos ambientais em rio interestadual, cuja competência é do MPF; crimes de oficiais das forças armadas, cuja competência do MPM; ou atos infracionais, ainda que envolva situações de crimes internacionais, cuja competência é do MPE.

9 Assim restou ementado o precedente: “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. CONHECIMENTO DO PEDIDO COMO RECLAMAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA, NOS TERMOS DO ART. 116, DO RICNMP. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROCURADOR FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO/PFDC. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO E ATOS CONCRETOS DA PFDC. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL POR VIA REFLEXA. CARÁTER SATISFATIVO DA MEDIDA LIMINAR. JULGAMENTO DE MÉRITO. PERDA PARCIAL DE OBJETO DO FEITO. CONCILIAÇÃO PARCIAL QUANTO ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO CNMP PARA APURAR VIOLAÇÃO À AUTONOMIA FUNCIONAL DO MPSP. AFASTAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LC 75/1993 E DA LEI 8.265/1993. CONTORNOS DA ATIVIDADE DA PFDC. PRINCÍPIO FEDERATIVO. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 2. Afasto a preliminar arguida, no sentido de se tratar de conflito de atribuições a ser dirimido pelo PGR. Como o acordo homologado por esse Plenário sinaliza, não há propriamente um conflito de atribuições, mas a ausência de competência da PFDC para a realização de atos concretos trazidos a lume

ral da República dirimir, por exemplo, conflito de atribuições entre MPE e MPF, levado às últimas consequências, pode atingir a própria autonomia do Ministério Público estadual.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

Diante desse quadro, e considerando que a decisão proferida na Ação Civil Originária n.º 924/MG, Rel. Min. Luiz Fux, não tem efeito vinculante, deve ser observado pelos membros do Ministério Público brasileiro, o seguinte:

1 – art. 9º-A da Resolução 23/2007 do CNMP, que regulamenta a tramitação do inquérito civil, prevê que declínio de atribuição deverá ser submetido a referendo do órgão de revisão competente. Trata-se de norma que cria um importante filtro institucional para suscitação de conflito de atribuições, o que pode reduzir a quantidade de casos que deverão desaguar na Excelsa Corte e evitar sejam suscitados conflitos de atribuição em matérias de menor complexidade, além de proporcionar a uniformidade de entendimentos institucionais.

2 – identificar, notadamente em situações de conflito positivo, os casos em que a matéria em discussão já possui competência bem definida, situação que deve ser dirimida pelo CNMP ante a sua atribuição Constitucional de zelar pela autonomia funcional dos MPs (conforme precedente CNMP, Pedido de Providência n.º 1.00717/2016-53, Rel. Cons. Antônio Pereira Duarte).

3 - os MPs dos Estados, não estando vinculados ou subordinados, institucional ou administrativamente, à chefia do MPU, têm direito de postular, autonomamente, em sede originária, perante o STF, quando presente um conflito de atribuições que extrapola o limite de seu ente federativo, essencialmente porque nestes casos resta caracterizado um conflito federativo, com potencial suficiente para abalar o pacto federativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico, 5ª.ed, SP, Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 8ª ed. 2014. São Paulo: Saraiva.

pelo procurador-geral de Justiça de São Paulo e pelo corregedor-geral do Ministério Público de São Paulo, cabendo ao CNMP zelar pela autonomia funcional do Ministério Público de São Paulo, razão pela qual converto o Pedido de Providências em Reclamação para Preservação da Autonomia do Ministério Público. 3. Os atos praticados pela PFDC que ferem a autonomia funcional do MPSP: a instauração do procedimento de acompanhamento. administrativo nº 1.00.000.0013780/2016-78, ofícios encaminhados a autoridades estaduais com o caráter executório em face da polícia estadual e o não envio das informações colhidas no procedimento ao órgão competente do Ministério Público de São Paulo. 4. A interpretação sistemática dos arts. 25, 26 e 27 da Lei nº 8.625/1993 e dos artigos 103, I, VII, VIII, XIII, e 104 da Lei Complementar nº 734/1993, do art. 94, IV da Constituição Estadual de São Paulo, combinados com a interpretação dos arts. 11 a 14, 15, §1º, 39, 41, da Lei Complementar 75/1993, demonstram que houve desbordamento das atribuições da PFDC nos atos praticados. 5. A LC 75/1993 dá o contorno inicial da PFDC, *in verbis*: “Art. 39. Cabe ao Ministério Público Federal exercer a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito: I - pelos Poderes Públicos Federais; II - pelos órgãos da administração pública federal direta ou indireta; III - pelos concessionários e permissionários de serviço público federal; IV - por entidades que exerçam outra função delegada da União.” 6. Além de preservar o pacto federativo, a lei quis demonstrar o respeito à autonomia de cada Ministério Público, tanto é assim que o MPDFT, ramo integrante do MPU, detém a figura do Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão, indicado pelo procurador-geral de Justiça do Distrito Federal (art. 152, LC 75/1993). 7. Por oportuno, verificando a previsão paralela da competência de exercer a defesa dos direitos constitucionais e estaduais do cidadão, no art. 27, da Lei nº 8.625/1993, recomendo que cada Ministério Público Estadual institua o seu Procurador Estadual dos Direitos do Cidadão. O Capítulo IV “Da Defesa dos Direitos Constitucionais”, compreendendo os arts. 11 a 16, da LC 75/1993, por sua vez, está na parte geral dos ramos do Ministério Público da União, havendo a possibilidade de que outros ramos observem as normas gerais. 8. Nas situações excepcionalmente toleradas pela própria Carta Constitucional, é possível o manejo de instrumental próprio para deslocamento de competência, nas precisas balizas do art. 109, § 5º, da Constituição Federal, introduzido pela Ementa Constitucional nº 45, de 089 de dezembro de 2004, o qual demanda devido processo legal e fundamentação adequada, com iniciativa do procurador-geral da República e julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, como, aliás deduziu o PGR em relação aos “crimes de maio”... 10. Há espaço para atuações integradas ou conjuntas dos quatro ramos do MPU entre si, bem como de qualquer dos Ministérios Públicos estaduais com os ramos do MPU, mas não se pode, sob pena de se vulnerar o princípio federativo, desenvolver atuações unilaterais em espaços legalmente definidos como de atribuição de determinado MP, aqui antevisto como promotor natural. 11. Na oportunidade do julgamento do Pedido de Providências nº 1.00060/2016-42, de relatoria do conselheiro Valter Shuenquener, o Plenário deste Conselho, à unanimidade, respaldou o entendimento de que todo cidadão tem o direito de, além de ser processado ou sentenciado pela autoridade judiciária competente (princípio do juiz natural), ser investigado e acusado por um órgão independente do Ministério Público, escolhido segundo prévios critérios abstratos, genéricos, objetivos e predeterminados de distribuição interna do serviço, e não casuisticamente. 12. Conforme as informações encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aquele *parquet* possui órgãos especializados para a devida apuração dos fatos e que não há demanda de atuação federal para suprimir qualquer deficiência no caso. 13. Determinação de encaminhamento imediato do Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 1.00.000.0013780/2016- 78 ao Ministério Público de São Paulo, cessando qualquer investigação, no âmbito da PFDC e PRDC, que tenha coincidência de objeto com a atuação finalística do Ministério Público de São Paulo que vise realizar o controle externo da atividade policial por via reflexa” (CNMP, Pedido de Providência n.º 1.00717/2016-53, Rel. Cons. Antônio Pereira Duarte).

*MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO,
NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO:
APONTAMENTOS SOBRE A EFETIVIDADE DA
ATUAÇÃO MINISTERIAL A PARTIR DE SEU
NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL¹*

THYEGO DE OLIVEIRA MATOS*

EMENTA:

Com um traço marcadamente dirigente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 além de conceber um novo perfil ao Ministério Público, atribuiu-lhe a valiosa missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Para a consecução de tal mister, a adoção de uma postura predominantemente demandista (judicialização de conflitos) tem se revelado inexitosa. Diante deste contexto, o presente artigo defende que a negociação e mediação, instrumentos úteis à solução de conflitos postos à apreciação do Ministério Público, bem como consentâneos com os propósitos de um *Parquet* mais resolutivo, devem ser fomentados institucionalmente.

Palavras-chave: Constituição - Ministério Público – negociação e mediação.

¹ APROVADA POR UNANIMIDADE

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, titular da Promotoria de Justiça Especializada em Meio Ambiente, de âmbito regional, do Médio Paraguaçu, sediada em Itaberaba/BA.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, pelo seu propósito transformador, se apresenta não apenas como um instrumento de limitação do Poder Político e de salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos. Ela vai além. Tem a ambição de mudar a realidade social de nosso país.

Isto é, trata-se de uma Constituição que não pode ser concebida, apenas, como um estatuto organizatório, como um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos. Em verdade, ela está concebida como documento histórico-jurídico, transformador, verdadeiro plano global normativo do Estado e da sociedade com programas e fins definidos.

A proposição de finalidades, expressamente consignadas no texto constitucional, com o objetivo de alcançar uma maior dignidade material para o povo, superando o Estado de Direito Formal, caracteriza uma Constituição dirigente.

Nesse cenário, pode-se destacar que o Ministério Público recebeu, da própria Constituição, a nobre missão de agente colaborador na materialização dos fins por ela perseguidos. Isto é, uma Instituição proativa, indutora de políticas públicas e que vela pelo vigor da ordem jurídica e do regime democrático.

O Ministério Público, nesse contexto, deve ser ativo, dinâmico e priorizar uma postura resolutiva, relegando à última *ratio*, e nos casos exigidos por lei, a via demandista.

Uma das formas de conciliar essas duas perspectivas, ou seja, uma Constituição dirigente e uma Instituição aquinhoadas com um relevante papel transformador, é o fomento e adoção de uma estratégia de resolução de conflitos, lançando mão da negociação e mediação que, inclusive, devem ser estimulados enquanto política institucional.

A utilização de tais instrumentos, de natureza extrajudicial, empresta à atuação ministerial um caráter menos demandista, isto é, que evita a judicialização dos problemas e prioriza uma via negocial que, ao final, pode “resolver” a questão. Essa é, justamente, a postura resolutiva do Ministério Público, abandonando a ideia de que toda e qualquer questão deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Isto porque, com o passar dos anos, percebeu-se que a judicialização, muitas das vezes, não é o melhor caminho a se percorrer no enfrentamento de determinados problemas.

Essa nova postura do Ministério Público, que procura ser mais efetiva, resolutiva, só é possível porque, como já mencionado, a nova ordem constitucional conferiu ao *Parquet* uma nova formatação, inclusive o municiando de instrumentos legais aptos à consecução de tal mister.

Nesse norte, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Res. 125/2010 atentando para a necessidade de uma mudança cultural na atuação dos órgãos de execução ministeriais, o que poderá ser iniciado a partir da proposta da Secretaria de Reforma do Judiciário para a inserção dos meios consensuais de resolução de conflitos, de controvérsias e de problemas.

O presente trabalho busca, justamente, demonstrar que essa mudança de paradigma deve ser cultivada institucionalmente, enquanto política institucional concreta, mediante a criação de órgãos ou centros de apoio dentro da instituição voltados à difusão de tais práticas e conhecimento.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 O novo Ministério Público no Brasil e a via demandista x resolutiva

A Constituição de 1988 refundou o Ministério Público brasileiro, conferindo-lhe relevantíssimos fins. Nesse contexto, oportunas são as palavras do Promotor de Justiça baiano Millen Castro Medeiros de Moura:

Ao traçar uma nova feição para o Ministério Público, a Constituição Federal considerou-o guardião da coletividade, determinando-lhe uma postura mais atuante, ao usar, nos quatro primeiros incisos do art. 129, o verbo promover. Isso modificou a feição desse relevante órgão, pois, até pouco tempo, ele atuava exclusivamente perante o Judiciário: hoje, seu trabalho passa a responsabilizá-lo pela intervenção direta na sociedade em busca de soluções – que nem sempre são processuais nem judiciais – inclusive por meio do inquérito civil, instrumento cujo poder e cuja relevância ainda se encontram pouco explorados. (MOURA, 2006, p. 13-25)

Ainda sobre o novo mister institucional do Ministério Público, Cássio Casagrande pontua:

A mudança do papel do Ministério Público tem como ponto de partida a preocupação generalizada entre os constituintes de que a Carta (...) tivesse mecanismos que assegurassem a sua efetiva implementação, de modo a que o processo de redemocratização pudesse assegurar mais do que uma democracia formal, mas sim um regime em que os direitos civis, políticos e sociais ganhassem concretude material, na forma de bens juridicamente exigíveis perante os tribunais. Na organização dos trabalhos (...) instalou-se ‘uma Subcomissão de efetividade da Constituição’. Os debates (...) giravam em torno da idéia de criação de um sistema de ombudsman ou ouvidoria-geral dos cidadãos, a quem incumbiria (...) a implementação dos direitos previstos na Constituição. Essa idéia foi deixada de lado justamente por ter prevalecido o entendimento de que este papel deveria caber aos membros do Ministério Público, instituição que faria as vezes de filtro e motor para todas as espécies de queixas, petições e reclamações do público em geral, selecionando os órgãos dos Poderes do Estado que deveriam ser acionados. (CASAGRANDE, 2008, p. 103)

Percebe-se, pois, que a Constituição de 1988 alçou o MP à condição de Instituição essencial ao Estado Democrático-Social de Direito, ampliando sobremaneira o catálogo de suas atribuições, transformando-o em verdadeiro *ombudsman* ou, como acima mencionado por Carlos Casagrande, “numa ouvidoria-geral dos cidadãos.”

Para a consecução de tais fins, no exercício de sua atividade finalística, o Promotor de Justiça tem a sua disposição, regra geral, duas alternativas de atuação: uma de cunho mais judicial, chamada de demandista, em que as questões são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, através do ajuizamento de ações, e outra resolutiva, de perfil mais proativo, em que se busca a solução das questões através de instrumentos extrajudiciais de atuação, tais como o compromisso de ajustamento de conduta. Sobre tais conceitos, pertinentes são as palavras do membro do Ministério Público de Minas Gerais, Gregório Assagra de Almeida:

Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados. O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande inter-mediador e pacificador da conflituosidade social. Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas conseqüências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo. Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade. Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve: “[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; (...); buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)”. O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais. (CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 28)

Ainda nas linhas do raciocínio do mencionado autor, colhido a partir da observação das realidade predominante, o modelo tradicional e antigo do Ministério Público, de caráter demandista, ainda é o que prevalece. Em inúmeras situações, os membros do Ministério Público, com destaque para as comarcas do interior, estão sufocados de atribuições processuais em demandas judiciais. Nessas hipóteses, a atuação resolutiva, no plano extrajudicial, acaba sendo prejudicada, impedindo a devida inserção social na Instituição ministerial. (CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 51)

A busca de uma atuação ministerial mais efetiva perpassa, em muitos casos, pelo real esgotamento das alternativas extrajudiciais à disposição de seus membros para enfrentamento/resolução dos problemas. Isto deve ser fomentado com prioridade dentro da Instituição.

2.2 O Ministério Público e os novos desafios diante da missão constitucional que lhe foi outorgada

Ao refundar o Ministério Público, a Constituição de 1988 conferiu à Instituição um papel protagonista na defesa da sociedade, isto porque, para a plena execução dos fins traçados na Carta Magna, indispensável se mostrou a existência de uma instituição encarregada de postular pela transformação social tão esperada.

Segundo o pensamento de Cláudio Souto *apud* Gregório Assagra de Almeida (CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 29), na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assumiu, pois, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*).

Esse desafio de ruptura com o modelo tradicional da ciência e da praxis do direito, reproduzido pelo ensino jurídico brasileiro, essencialmente normativista e com evidentes traços ainda do modelo coimbrão, assume uma clara importância histórica que vai além da mera ampliação dos limites e possibilidades de atuação de um dos operadores jurídicos tradicionais. A existência de um ‘custos juris’ com possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia e de um ‘custos societatis’ destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade, representam não apenas uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, mas também uma autêntica possibilidade de ruptura com o positivismo do direito liberal que desde o século passado sustentou, “nos termos da lei”, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no País. (Antônio Alberto Machado *apud* Gregório Assagra Almeida *in* CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 29)

No mesmo sentido, os escólios de Geisa de Assis Rodrigues:

Inegavelmente a nova ordem constitucional cometeu ao Ministério Público o exercício da importante função política do controle da atividade administrativa e da promoção dos direitos transindividuais, explicitando o poder político de seus agentes. Aos poucos vai se tornando passado aquele órgão extremamente burocratizado, pouco atuante, verdadeiro desconhecido de toda a sociedade. A atuação extrajudicial do Ministério Público tem uma importante contribuição nesse novo colorido institucional. O Ministério Público deixa de ser uma instituição basicamente reativa na esfera civil, que apenas atuava provocando e sendo provocada pelo Poder Judiciário, para assumir uma postura ativa, empreendedora ao poder atuar na resolução de conflitos fora da esfera judicial. É claro que esse processo foi iniciado em 1985, com o advento da Lei 7.347/85, mas a afirmação constitucional potencializou esta renovação. (CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 176)

É nesse papel, de *custos societatis* e *custos juris*, que o Ministério Público se tornou o mais atuante legitimado para a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos do Brasil.

Renomados autores realçam essa nova matiz do Ministério Público, predicando-o como principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis. A Instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e direitos massificados, seja no campo extrajudicial, seja no judicial.

3. A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 O difícil cenário da judicialização

Quando se tem ressaltado, ao longo deste artigo, a atuação extrajudicial do Ministério Público como uma forma mais efetiva de realização material dos fins constitucionalmente outorgados à sociedade pela Constituição Federal de 1988, necessariamente emerge uma outra questão bastante presente na atuação ministerial: os entreves da judicialização.

Com efeito, a experiência prática tem revelado uma crescente incapacidade do Judiciário de processar e julgar, em prazo razoável, as demandas que lhe são postas à apreciação. Tal cenário se pode observar a partir dos dados numéricos fornecidos pelo Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça, entre outros.

A propósito, válidas as ponderações de Alexandre Amaral Gavronski:

Desde a Constituição Federal de 1988 verificou-se no Brasil uma explosão de litigiosidade, antes contida: enquanto naquele ano deram entrada no Poder Judiciário 350.000 processos, em 1998 foram 8,5 milhões! Um aumento de 25 vezes em 10 anos para um aumento de juizes que apenas dobrara (de 4.900 para 10.000). A taxa média brasileira de litigiosidade é alta (um processo para cada 10,2 habitantes), sendo mais acentuada nos Estados mais desenvolvidos (um para cada 6,62 habitantes em São Paulo, recordista brasileiro). Essa alta taxa de litigiosidade mostra-se aterradora se comparada aos padrões europeus. (GAVRONSKI: 2010, p. 84)

Diante da crescente dificuldade do Poder Judiciário em processar e julgar os feitos em “tempo razoável”, a demora na entrega das prestações jurisdicionais, a cada ano, apenas aumenta, alimentando um sentimento social de incredulidade.

Pelas mesmas razões, Noberto Bobbio afirma que o grande problema da atualidade não é a cristalização de determinado direito, de um “novo direito”, em sede legal ou convencional, mas sim a garantia da sua efetividade e aplicabilidade.

(...) descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação dela torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. (...) com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder. (BOBBIO: 2014, p. 60)

Diante deste difícil cenário, Ada Pelegrini Grinover *apud* Alexandre Amaral Gavronski (GAVRONSKI: 2010, p. 85), enxerga nas soluções consensuais dos conflitos um importante aliado:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seus custos, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o judiciário e seus usuários. Esse quadro faz urgente a aposta na construção de soluções consensuais por intermédio dos meios alternativos de solução das controvérsias – dentre os quais destacamos as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, para assegurar efetividade à tutela jurídica. (GAVRONSKI: 2010, p. 85)

A utilização dos meios extrajudiciais de solução dos conflitos, além de evitar a letargia que atinge a maioria dos processos judiciais, pode conferir maior efetividade à atuação ministerial, enaltecendo seu perfil resolutivo.

3.2 Vicissitudes à disposição do Ministério Público na atuação extrajudicial

Como já se registrou alhures, a novel moldura do Ministério Público, inaugurada a partir da Constituição de 1988, conferiu-lhe a nobre missão de fiscalização da atividade estatal, de promoção dos direitos transindividuais e defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

A atuação ministerial na órbita extrajudicial é bastante ampla, pois envolve diversas matérias, como saúde, meio ambiente, consumidor, educação etc. Todavia, paralelamente à previsão legal de tais atribuições, é fundamental uma mudança paradigmática para se perceber a relevância dos mecanismos extrajudiciais de atuação do Ministério Público e de seu manejo escoreito e produtivo.

Com precisão, Geisa de Assis Rodrigues demonstra que a predominância da postura demandista, dentro do Ministério Público, decorre, em grande parte, da deficiência da formação acadêmica e da necessidade de aprimoramento institucional:

Existem vários desafios à implementação de uma cultura de valorização da atuação extrajudicial do Ministério Público. O primeiro se revela na própria formação jurídica dos integrantes do Ministério Público. Poucos são os cursos de graduação que estudam seriamente os instrumentos extrajudiciais, ou estimulam as qualidades de investigação ou negociação de conflitos em seus formandos. Não é raro, portanto, que um membro do Ministério Público venha a ter contato com a atuação extrajudicial apenas quando ingressa no Ministério Público, e acaba por ter que “aprender fazendo” no tradicional processo de “tentativa e erro”. (...) A reflexão teórica sobre o exercício de

nossas atribuições extrajudiciais se revela de extremo relevo para que possamos aprimorar nossa instituição e construir uma memória institucional que possa servir de esteio para todos aqueles que assumem a função ministerial, sendo papel das Escolas Superiores do Ministério Público difundir esse conhecimento. (CHAVES, ALVES, RESEVALD: 2010, p. 176)

Assim, em que pese existir vários instrumentos de atuação extrajudicial, a utilização efetiva deles ainda se mostra tímida, quando confrontados às potencialidade e plêiade de situações susceptíveis de uso.

Inquérito civil, compromisso de ajustamento de conduta, recomendação, audiências públicas, entre outros, são instrumentos valioso à disposição dos órgãos de execução ministeriais e que têm o potencial de alcançar uma solução efetiva, tempestiva e satisfatória.

O mais importante, nesse cenário, é o fortalecimento da cultura extrajudicial dentro do Ministério Público, superando a primazia, ainda prevalente, dos atos/feitos judiciais.

É necessário afastar o risco do membro do Ministério Público relegar o extrajudicial para o segundo plano, notadamente porque, regra geral, as medidas não precisam ser empreendidas dentro de um prazo peremptório, conjugada com a complexidade de algumas matérias.

Nesse norte, o desenvolvimento de habilidades e técnicas de negociação e mediação dentro dos quadros do Ministério Público, voltadas à obtenção de maior êxito na atuação funcional, mostra-se muito pertinente. É algo que deve ser fomentado institucionalmente, através de uma política concreta e permanente voltada à capacitação dos órgãos de execução.

Isso, certamente, tornará a atuação ministerial mais efetiva e resolutiva.

4. CONCLUSÃO (PROPOSTA DE ENUNCIADO)

Como já mencionado, o Conselho Nacional do Ministério Público já atentou para a importância dos meios consensuais de resolução de conflitos, mediante a edição da Res. 125/2010. Todavia, passados alguns anos, pouquíssimas foram as instituições ministeriais do país que avançaram nessa questão, através da capacitação de seus quadros para uma utilização mais profícua das técnicas e instrumentos existentes.

Muitos membros do Ministério Público não têm qualquer intimidade com os meios de persuasão, convencimento etc. Enfim, não são bons negociadores ou mediadores e, por isso, enfraquecem suas atuações extrajudiciais, assumindo um perfil mais demandista.

Por tal razão, se propõe o seguinte enunciado (tese):

O Ministério Público deve, enquanto política institucional permanente, fomentar a utilização mais ampla e profícua dos meios consensuais de resolução de conflitos mediante a constante capacitação de seus membros e servidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

_____. Lei no 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2015.

_____. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2015.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição e o Supremo - Versão Completa**. disponível <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1753>. Acesso em: 12.10.2015

_____. **Compromisso de Ajustamento Ambiental: análise e sugestões para aprimoramento.** Publicação do Instituto Direito por um Planeta Verde. Disponível em <http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/e-books/busca:compromisso%20de%20ajustamento%20de%20conduta> - acesso em 15/10/2015

BECK, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2010

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

CHAVES, Cristiano. ALVES, Leonardo Moreira Alves. ROSENVALD, Nelson. Org. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 3ª ed. Salvador: Jus Povdium. 2009

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

JELINEK, Rochelle. **Execução de compromisso de ajustamento de conduta.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2014

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MOURA, Millen Castro Medeiros de. **Adequação do custos iuris ao novo perfil ministerial: tese aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público.** Revista do Ministério Público do Estado da Bahia. vol. 11. nº 13, 2006. p. 13-25

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática – 3ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2011

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa em Matéria Ambiental.** Manual Prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial, Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CONCLUSÕES DOS GRUPOS DE TRABALHO

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EDUCAÇÃO: EXPERIÊNCIAS EXITOSAS

COPEDOC - COMISSÃO PERMANENTE DE EDUCAÇÃO

CONCLUSÃO:

1- Ministério Público, na defesa do direito humano à educação de qualidade, deve priorizar a atuação coletiva e difusa, especialmente na fiscalização do financiamento da educação e no fomento de ações em prol da efetiva aprendizagem de todas as crianças e adolescentes.

2- No exercício das atribuições relacionadas à defesa e promoção do direito à educação, o Ministério Público deverá privilegiar ações extrajudiciais de tutela coletiva visando à regularização e o aperfeiçoamento do funcionamento dos serviços e equipamentos educacionais, em parcerias com o Poder Público e a sociedade civil, e por meio de órgãos ministeriais de execução especializados ou auxiliados por órgãos ministeriais de apoio especializados, em ações de abrangência preferencialmente regional.

*O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E
SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O
APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA*

CONCLUSÃO:

No exercício de suas atribuições constitucionais e legais, deve haver a cooperação entre o Ministério Público de Contas e o os Ministérios Públicos dos Estados e da União no controle de políticas públicas na apuração de ilícitos civis e penais e na responsabilização dos agentes públicos e privados.

