

**CONCLUSÕES DO  
XXI CONGRESSO NACIONAL  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**OS DESAFIOS E  
OPORTUNIDADES DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
BRASILEIRO NA ERA DIGITAL**

AMPERJ  
RIO DE JANEIRO  
2015

**XXI Congresso Nacional do Ministério Público**  
**“Os Desafios e Oportunidades do**  
**Ministério Público Brasileiro na Era Digital”**

Rio de Janeiro: 6 a 10 de outubro de 2015

Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti  
**PRESIDENTE-GERAL**

Luciano Oliveira Mattos de Souza  
**PRESIDENTE-EXECUTIVO**

Marfan Martins Vieira  
**PRESIDENTE DE HONRA**

Emerson Garcia  
**COORDENADOR CIENTÍFICO**

Alexander Araújo de Souza  
Guilherme Martins Barbosa  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
Robson Renault Godinho  
**COMISSÃO ACADÊMICO-CIENTÍFICA**

Rogério Pacheco Alves  
**SECRETÁRIO GERAL**

Gláucia Maria da Costa Santana  
**SECRETÁRIA GERAL ADJUNTA**

**COMISSÃO ORGANIZADORA**

Angela Maria Silveira dos Santos

Anna Maria Di Masi

Carlos Bernardo Alves Aarão Reis

Dimitrius Viveiros Gonçalves

Eduardo Monteiro Vieira

Eduardo Rodrigues Campos

José Roberto Paredes

José Silvério Perdigão de Oliveira

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta

Lourdes Gamba

Luciana de Souza Garcia das Neves

Luiz Fernando de Almeida Rabelo

Marcus Cavalcante Pereira Leal

Paulo Leal Medeiros Moreira

Plínio de Sá Martins

Ramon Leite de Carvalho

Renata Neme Cavalcanti

Sandro Fernandes Machado

Simone Sibilio do Nascimento

Sumaya Therezinha Helayel

Vera de Souza Leite

Victoria Siqueiros Soares Le Cocq D'Olive

Virgilio Panagiotis Stavridis

Walter de Oliveira Santos

# SUMÁRIO

## I - ÁREA CRIMINAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INTEGRAÇÃO E NA COOPERAÇÃO DAS FORÇAS POLICIAIS NO ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO _____	11
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO FATO TÍPICO: ARTIGO 359 DO CÓDIGO PENAL VERSUS CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. _____	22
A NATUREZA SUBJETIVA E OBJETIVA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO _____	33
CRIMES LICITATÓRIOS E ATIVIDADE EMPRESARIAL: REVISÃO DAS PENAS COMO PARTE DO PROGRAMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO LATO SENSU NO BRASIL _____	42
A (NECESSÁRIA) INTERPRETAÇÃO DO ART. 112, I, 1ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL, SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA, E A REVOGAÇÃO PARCIAL DA SÚMULA 716 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. _____	53
O DIREITO DA VÍTIMA À REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO -ARTIGO 387, IV, DO CPP _____	64
AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES AMBIENTAIS: ASPECTOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO _____	73
PUBLICIDADE E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONTRIBUTO AO DEBATE SOBRE AS REGRAS DE SIGILO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO _____	83
O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E COMO DESAFIO E OPORTUNIDADE DE APROXIMAÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA INVESTIGATIVA _____	94
PRISÃO CAUTELAR ELETRÔNICA _____	106
TERMO DE CONSTATAÇÃO CONFORME REGRAS ESTABELECIDAS PELO CONTRAN. INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO. _____	122
A IMPORTÂNCIA DO ART. 26, III, DA LEI MARIA DA PENHA, NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO _____	131
PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A LEGITIMIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUANTO ÀS MEDIDAS CAUTELARES PENAIAS _____	141
UMA CERTA DESCONFIANÇA SOBRE A FIANÇA: ASPECTOS PRÁTICOS À DISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO _____	151



PROVAS LÍCITAS NÃO REPETÍVEIS, AUTORIZADAS POR DECISÕES COM DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO: NULIDADE E INADMISSIBILIDADE DA PROVA, NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. _____	158
A COMPETENCIA DE JULGAR O CRIME DO ART.244-B DA LEI 8069/90, COMO OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL, E, EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL _____	167
A REFORMA DO ESTATUTATO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO ALTERNATIVA À DIMINUIÇÃO DA IDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO _____	172
A REPARAÇÃO MÍNIMA EM FAVOR DA VÍTIMA DE CRIMES VIOLENTOS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ERA DIGITAL _____	184
INSURGÊNCIA CONTRA OS PODERES CONSTITUÍDOS – TEMA PARA NOVA TIPIFICAÇÃO PENAL__	194
JUIZADO DO TORCEDOR: UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE VIOLÊNCIA E APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS TORCEDORES-INFRACTORES _____	205
DA FALTA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DA AUTORIDADE POLICIAL EM MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CRIMINAL: POR UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL DENTRO DE UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNA. _____	216

## II - ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GUARDIÃO SUPREMO DO DIREITO DOS ANIMAIS _____	228
DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO PARA ATUAR PERANTE O SISTEMA DA ONU E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS _____	235
A EFETIVIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANOS SOCIAIS A PARTIR DE BANCO DE DADOS NACIONAL DE AÇÕES CÍVIS PÚBLICAS E DE COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO _____	241
AMPLA TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL COMO MEIOS DE REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL _____	246
ATIVIDADE EMPRESARIAL E CORRUPÇÃO: CRÍTICA AO MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI 12.846/2013 _____	255
GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA__	263
O CONTEÚDO DO DIREITO DE ACESSO À INTERNET _____	272
NATUREZA JURÍDICA DA AUDIÊNCIA INFORMAL PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI N. 8.069/90 _____	280
INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E A EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR _____	285
MINISTÉRIO PÚBLICO: ESSENCIAL À CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS AMBIENTAIS NA ERA DIGITAL _____	291

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA VANGUARDA DO COMBATE AO RACISMO _____	297
REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO _____	310
ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: HIPÓTESE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO _____	316
O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: OPORTUNIDADES DE ATUAÇÃO PROPICIADAS PELOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E PELA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À INFORMAÇÃO _____	321
EFETIVIDADE DA REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA _____	330
TAC EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA _____	341
O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 _____	352
REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DO EQUADOR, A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A CAIXA DE PANDORA DOS DANOS AMBIENTAIS _____	357
DA FORMAÇÃO DE CARTEL MEDIANTE A APROVAÇÃO DE LEIS QUE LIMITAM A CONCORRÊNCIA. ANÁLISE A PARTIR DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO N.0800.024.581/94-77 _____	368
PREFERÊNCIA NA MARCAÇÃO DE CRUZAMENTO RODOCICLOVIÁRIO? UMA INFORMAÇÃO INCORRETA NO TRÂNSITO PODE CUSTAR CENTENAS DE VIDAS! _____	376
PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO: UM GESTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES SOCIAIS _____	387
A TUTELA MOLECULAR DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A DEMANDA POR MEDICAMENTOS EM FACE DO ESTADO _____	397
DA UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMO FORMA DE REESTABELECEER AS RELAÇÕES JURÍDICAS AFETADAS COM A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO. _____	408
A RESPONSABILIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTE À OMISSÃO DE VIABILIZAÇÃO DE INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO PREVISTO NO ESTATUTO DA CIDADE, BEM COMO AUSÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA? _____	415
DA ILEGALIDADE DA SELEÇÃO POR PROVAS DE CONHECIMENTO NAS AS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS _____	426
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA _____	436
LIMITES À EXPEDIÇÃO DE PORTARIAS E DE ALVARÁS PELO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: COMBATE AO “PRUDENTE ARBÍTRIO” _____	449
REQUISICÃO MINISTERIAL PEDAGÓGICA PERSUASIVA _____	456
DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO _____	464
SISTEMA DE PROTEÇÃO, DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI _____	472
A ATUALIZAÇÃO DE SOFTWARE E PÁGINAS WEB E A TUTELA DO DIREITO À ACESSIBILIDADE _____	491

MP NA COMUNIDADE COMO INSTRUMENTO DE JURIDICIZAÇÃO DE CONFLITOS _____	499
A PROVA OBTIDA A PARTIR DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA _____	510
O “CAR” E SUA AVERBAÇÃO IMOBILIÁRIA _____	518
A CORRUPÇÃO NO PODER LEGISLATIVO - UM ATENTADO À DEMOCRACIA E AOS DIREITOS HUMANOS _____	523

### **III - ÁREAS DA POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

LIBERDADE E AUTONOMIA PESSOAL X DEVER DE RESIDIR NA COMARCA _____	535
POR UM AGGIORNAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS _____	545
PROMOTOR PODE APRESENTAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E FAZER SUSTENTAÇÃO NO TRIBUNAL EM RECURSO PROPOSTO PELO MESMO _____	552
A INCLUSÃO ILEGAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS AO CARÁTER COMPETITIVO EM SEDE DE EDITAIS DE LICITAÇÃO PÚBLICA, INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E CONSTITUCIONAL AO DISPOSTO NO ART. 37 XXI CF-88 E ART. 3º CAPUT E §1º, I E II DA LEI Nº 8.666-93. _____	559
INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL _____	569
O CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL (CEAF) NA SISTEMÁTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO _____	580
LEGÍTIMA DEFESA INSTITUCIONAL _____	591
POR UMA ESTRUTURAÇÃO DE ÓRGÃOS AUXILIARES CRITERIOSA E ADEQUADA À MISSÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO _____	606
“MP RESTAURATIVO E A CULTURA DE PAZ”: A RESOLUÇÃO CNMP 118/2014 E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PERFIL DE ATUAÇÃO MINISTERIAL _____	612
ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL E PEÇAS DE INFORMAÇÃO CRIMINAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATRIBUIÇÃO INSUSCETÍVEL DE CONTROLE JUDICIAL OU POLÍTICO. _____	624
A APLICAÇÃO A LC 75, DE 20/05/1993 COMO GARANTIA DO PADRÃO VENCIMENTAL DOS APOSENTADOS _____	634
CRITÉRIOS OBJETIVOS E HUMANIZADORES DE INSPEÇÕES E CORREIÇÕES NO ÂMBITO DA CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO, COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE ASSÉDIO MORAL _____	638
MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMUNIDADE FUNCIONAL ENQUANTO FATOR INIBITÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL _____	644
PARADIGMAS E DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA AMBIENTAL _____	655

POR UMA CIDADANIA PLENA: QUE TODO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POSSA EXERCER ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA OU CARGO FORA DA CARREIRA \_\_\_\_\_ 666

DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA\_ 669

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO FORMADOR DE CAPITAL CÍVICO NA ERA DA INFORMAÇÃO \_\_\_\_\_ 673

“DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA” DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PRÉ-CONDIÇÃO PARA MAIOR APROXIMAÇÃO COM A SOCIEDADE E CUMPRIMENTO DO PAPEL CONSTITUCIONAL \_\_\_\_\_ 679

A NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO COM A SOCIEDADE E OS MOVIMENTOS SOCIAIS \_\_\_\_\_ 683

## **GRUPOS DE TRABALHO**

GT NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO - ENUNCIADOS \_\_\_\_\_ 694

GT A ATUAÇÃO DO MP EM SEGUNDA INSTÂNCIA - NOVAS PERSPECTIVAS \_\_\_\_\_ 699

GT COMBATE À CORRUPÇÃO \_\_\_\_\_ 700

GT DA EDUCAÇÃO \_\_\_\_\_ 701

GT INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES \_\_\_\_\_ 702

GT VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES \_\_\_\_\_ 703

GT O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA \_\_\_\_\_ 704

## **ENUNCIADO DO COORDENADOR CIENTÍFICO**

TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E PARTICIPAÇÃO EM ESPETÁCULOS PÚBLICOS \_\_\_\_ 706

***TESES APROVADAS DO XXI  
CONGRESSO NACIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO***

## **I - ÁREA CRIMINAL**

***O MINISTÉRIO PÚBLICO NA  
INTEGRAÇÃO E NA COOPERAÇÃO  
DAS FORÇAS POLICIAIS NO  
ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO DO  
CRIME DE HOMICÍDIO***

*YTHALO FROTA LOUREIRO*

O Ministério Público deve orientar e fiscalizar a cooperação entre os órgãos policiais, o compartilhamento e o fornecimento de informações entre as polícias, assegurando a articulação do aparato policial no combate ao crime e no controle da criminalidade.

Título: O Ministério Público na integração e na cooperação das forças policiais no âmbito da investigação do crime de homicídio

Nome do Autor: Ythalo Frota Loureiro. 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 integração das forças policiais foi um dos principais vetores dos programas federais entre 2003 e 2014. É uma das promessas do “Programa Brasil Seguro”, proposta de governo para o quadriênio governamental de 2015 a 2018, da Presidente reeleita Dilma Rousseff (MAIS..., 2014, p. 33). Para realização da Copa do Mundo FIFA de 2014, foram criados Centros Integrados de Comando e Controle Regional em todas as Capitais Sede do evento, dentro do contexto de investimentos totais em segurança, que somaram 1,9 bilhão de reais, recursos oriundos do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa (INTEGRAÇÃO..., 22/5/14). Contudo, a ideia de integração e os investimentos em segurança pública ainda não se fizeram suficientes, pelo menos em grau significativo, para diminuir os alarmantes índices de crimes de homicídio no Brasil.

Segundo o Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (ANUARIO..., 2014, p. 7), somente em 2013, ocorreram 53.646 mortes violentas intencionais, número 1,1% maior do que em 2012, quando foram registrados 53.054 casos. Isto faz que o Brasil, com índice de 25,2 mortes por 100 mil habitantes, seja um dos países mais violentos do Mundo. Os dados mais recentes do Ministério da Justiça revelam que, em 2014, o Ceará tornou-se o Estado mais violento, com 4.114 mortes de natureza dolosa e taxa de 47,21 mortes por 100 mil habitantes, enquanto que o Estado de São Paulo, com população cinco vezes maior, registrou 4.294 crimes letais e taxa de 9,83 mortes por 100 mil habitantes. O Estado menos violento, em 2014, foi Santa Catarina, que contabilizou 592 casos e taxa de 8,95 morte por 100 mil (JARDIM, 28/05/15). As taxas nacionais são muito elevadas, se comparadas com as de outros países, como a Alemanha, o Chile e os Estados Unidos da América, que possuem taxas de 0,8, 3,1 e 4,7 mortes por 100 mil habitantes, respectivamente (ANUARIO..., 2014, p. 7).

O contingente policial no Brasil é relativamente menor do que nos Estados Unidos e na Europa, mas as despesas realizadas em Segurança Pública não seguem a mesma lógica. Enquanto que o Brasil investiu, em 2013, 1,26% do seu Produto Interno Bruto (PIB), os Estados Unidos e a Alemanha investiram 1,02% e 1,06%, respectivamente (ANUARIO, 2014, p. 58). No Brasil, a Polícia demonstra baixa capacidade investigativa. O índice de esclarecimento de autoria e de materialidade dos crimes de homicídio é estimado entre 5% e 8%, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Ministério da Justiça (MJ), enquanto que nos Estados Unidos e na Europa os índices de esclarecimento de autoria superam 70% dos casos (SAPORI, 2014, p. 86). Assim, apesar do alto investimento e do baixo número de policiais – pelo menos reduzido diante do grave problema que o País deve enfrentar – ainda se gasta muito mal e se investiga com pouquíssima eficiência. Estes fatores são agravados com a ausência de políticas públicas claras de integração e de cooperação das ações entre as diversas agências policiais, gerando fortes impactos na credibilidade do sistema de persecução criminal.

Entender as dificuldades da integração das ações policiais e o que o Ministério Público pode adotar para tornar mais eficiente a investigação do crime de homicídio são os objetivos deste trabalho.

## II. Ciclo completo da atividade policial e o funcionamento das polícias no Brasil e em Portugal

O ciclo completo da atividade policial compreende as tarefas ostensivas, preventivas, investigativas e de persecução criminal por um único órgão policial. Como exposto na Proposta de Emenda Constitucional nº 51, de 2013, de autoria do Senador LINDBERG FARIAS, do PT/RJ, “Ciclo completo é a expressão técnica que descreve o conjunto das atividades realizadas pelas polícias, isto é, o trabalho ostensivo/preventivo (atualmente a cargo da Polícia Militar), investigativo e de persecução criminal (atualmente a cargo da Polícia Civil)” (SENADO FEDERAL, 2013, p. 6). Segundo SAPORI (2014, p. 92), “A principal fonte de desarticulação é a separação do trabalho policial em duas organizações distintas [...]. Na maioria das democracias contemporâneas, as atividades ostensiva e investigativa são realizadas pela mesma polícia. No Brasil isso não existe”. Visando corrigir esta distorção, a Proposta de Emenda Constitucional nº 431, de 2014, de autoria do Deputado Subtenente



GONZAGA, do PDT/MG, pretende ampliar as atribuições dos órgãos de segurança pública para que todos realizem o ciclo completo da atividade policial, entendido como “exercício da polícia ostensiva e preventiva, investigativa, judiciária e de inteligência policial, sendo a atividade investigativa, independente da sua forma de instrumentalização, realizada em coordenação com o Ministério Público, e a ele encaminhada.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 1)

Apesar de a polícia ostensiva existir desde o Brasil Colônia, sua estrutura é mais evidenciada no período imperial (MARIANO, 2004, p. 19), com a criação das Guardas Nacionais, no Rio de Janeiro, permitida também a criação em outros municípios. Segundo o art. 1º, da Lei de 18 de Agosto de 1831, “As Guardas Nacionaes são creadas para defender a Constituição, a liberdade, Independencia, e Integridade do Imperio; para manter a obediencia e a tranquillidade publica; e auxiliar o Exercito de Linha na defesa das fronteiras e costas”. A redação lembra o que atualmente dispõem os parágrafos 5º e 6º, do art. 144, da Constituição Federal de 1988, quando estabelece as atribuições das polícias militares, a que “cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”, constituindo “forças auxiliares e reserva do Exército”. Assim, tal como as atuais polícias militares, as Guardas Nacionais tinham organização militar. Por sua vez, ainda no Império, a “polícia judiciária” era uma das atividades do juiz. Somente com a aprovação da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, a atividade de polícia ficou separada das funções de juiz. Foi criado o procedimento conhecido como “inquérito policial”, cabendo ao delegado a “formação da culpa e pronuncia nos crimes communs” (art. 10, item 1º, do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871), sem prejuízo do julgamento de algumas contravenções (art. 10, item 2º, do Decreto nº 4.824, de 1871). Atualmente, as atribuições de Polícia e de Justiça são separadas, mas a análise da legislação citada revela que a polícia judiciária teve inspiração na organização do Poder Judiciário. A polícia judiciária funciona como “juizado de instrução”, em que a coleta da prova lembra o processo judicial inquisitivo, sem a participação das partes. Assim, a prova coletada no inquérito policial passa por um processo de revalidação, com a participação do membro do Ministério Público e do defensor do acusado, perante um juiz de direito para servir como base ao julgamento (art. 155, do Código de Processo Penal vigente – Decreto-Lei nº 3.689, de 1941).

Segundo o art. 144, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF), os órgãos policiais são as Polícias da União (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), e as Polícia dos Estados (polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros militares). As guardas municipais fazem parte do sistema de Segurança Pública, no âmbito dos Municípios, para proteção de seus bens, serviços e instalações (§8º, do art. 144, da CF). A Emenda Constitucional nº 82, de 2014, incluiu a “segurança viária” para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas (§10, do art. 144, da CF). A polícia federal e a polícia civil cabem exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária para apuração dos crimes comuns, exceto os crimes militares (§1º, inciso IV e §4º, do art. 144, da CF). As polícias militares funcionam como polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, enquanto que ao corpo de bombeiros militares incumbe à execução de atividades de defesa civil. MARIANO (2004, p. 21) sustenta que “[...] o sistema de segurança pública brasileiro institucionalizou duas 'meias' polícias. [...] Nenhuma das duas 'meias' polícias realiza sozinha a investigação e o policiamento ostensivo, que caracteriza o ciclo completo da atividade policial”. A polícia federal seria uma exceção, além de funcionar como polícia judiciária da União, exerce a função de prevenção ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao contrabando e ao descaminho e a função de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras. O ciclo completo da atividade policial não ocorre nas instituições policiais estaduais (polícias civis e polícias militares), que, além de mais numerosas, lidam diretamente com a prevenção e a repressão dos crimes mais graves, entre os quais, o homicídio.

Em Portugal, a organização da polícia é diferente. A Constituição portuguesa não se ocupa em definir os diversos órgãos policiais, optou por não estabelecer ou esgotar os tipos e as formas de polícias, deixando esta tarefa para a legislação infraconstitucional. A Constituição de Portugal limita-se em definir o objetivo da polícia, no seu artigo 272.º, ou seja: “defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.” De outro modo, segundo o artigo 275º da Constituição portuguesa, “As Forças Armadas incumbe a defesa militar da República.” Na Constituição brasileira, à polícia cabe a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio; e as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria (arts. 144 e 142). Apesar desta distinção, a Constituição brasileira instalou uma confusão de identidade entre polícias militares e forças armadas, de modo que aos membros das polícias militares (denominados militares dos Estados e do Distrito Federal) são aplicáveis o mesmo modelo de administração, de disciplina e de justiça dos militares das forças armadas, inclusive em situações de normalidade institucional, conforme o artigo 42, da Constituição Federal de 1988. Em Portugal, existem três principais órgãos policiais: a Guarda Nacional Republicana (GNR), a

Polícia de Segurança Pública (PSP) e a Polícia Judiciária (PJ). A GNR e a PSP se assemelham por serem forças de segurança de natureza paramilitar com funções ostensivas. A GNR atua na maior parte do território português (40% das cidades, 98% das vilas e a totalidade das aldeias do país), enquanto que a PSP atua na maioria dos grandes centros urbanos (5% do território de Portugal). Apesar de sua organização de inspiração militar, os membros da GNR e da PSP não se submetem a mesma administração, disciplina e justiça dos militares das forças armadas portuguesas, possuindo identidade própria e inconfundível. A GNR e a PSP possuem vocação ao policiamento, mas também desenvolvem ações de investigação criminal, segundo a Lei n.º 63/2007, que dispõe sobre a GNR; e a Lei n.º 53/2007, que dispõe sobre a PSP. Por sua vez, a PJ é a principal força policial de investigação criminal, sob a orientação do Ministério Público, com atribuição de investigar as infrações penais de maior gravidade, como o homicídio. Mas a PJ também possui a tarefa de prevenção e identificação de crimes, consoante o artigo 2º da Lei n.º 37/2008. Todas as organizações policiais estão vinculadas ao Ministério da Justiça, órgão do governo civil português. Somente em caso de estado de sítio e de estado de emergência, a GNR e a PSP ficam sob a dependência operacional das Forças Armadas.

Brasil e Portugal possuem organizações policiais que se assemelham, por suas matrizes civil e militar. Contudo, somente em Portugal, todos os órgãos policiais funcionam como polícias de investigação de competência genérica, sem prejuízo da competência específica de outros órgãos policiais, segundo a Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008). A mencionada lei estabelece o dever de cooperação mútua entre os órgãos policiais, no seu artigo 10º. O órgão, que não possui competência para investigação de determinado delito, deve praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, na forma do art. 5º, item 1º, da Lei n.º 49/2008. Enquanto que à PJ é cabível a investigação dos crimes mais graves, entre os quais, os “crimes dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa” (artigo 7º, item 2, letra a, da Lei n.º 49/2008), à GNR e à PSP competem a investigação dos crimes cuja competência não esteja reservada a outros órgãos de polícia criminal. O artigo 11º da Lei n.º 49/2008 ainda obriga a criação de “um sistema integrado de informação criminal que assegure a partilha de informações entre os órgãos de polícia criminal”, tornando real a cooperação entre as instituições. No Brasil, cada uma das polícias possui um sistema próprio de comunicações e de informações, que não dialogam entre si, de modo que o registro oficial dos crimes possuem fontes distintas (SAPORI, 2014, p. 93).

Todos os órgãos policiais portugueses exercem o ciclo completo da atividade policial, a PJ, com mais ênfase na investigação criminal, e a GNR e PSP, focadas no policiamento. Contudo, o mais fundamental é que a legislação portuguesa estabelece o dever de cooperação mútua, de modo que os membros de todos os órgãos policiais são responsáveis pela investigação criminal. No Brasil, a Lei n.º 12.830, de 20 de junho de 2013 estabeleceu a condução da investigação criminal pelo delegado de polícia, nada dispoendo sobre a atuação dos demais policiais, sejam da polícia civil ou da polícia militar. MARCOS ROLIM (2006) explica que:

A bipartição do ciclo impede que os policiais encarregados da investigação tenham acesso às informações coletadas pelos patrulheiros. Sem profissionais no policiamento ostensivo, as Polícias Cíveis não podem contar com um competente sistema de coleta de informações. Não por outra razão, recorrem com tanta frequência aos “informantes” – quase sempre pessoas que mantém ligações com o mundo do crime, condição que empresta à investigação limitações estruturais e, com frequência, dilemas éticos de difícil solução. As Polícias Militares, por seu turno, impedidas de apurar responsabilidades criminais, não conseguem atuar efetivamente na prevenção vez que a ostensividade – ao contrário do que imagina o senso comum – não previne a ocorrência do crime, mas o desloca (potenciais infratores não costumam praticar delitos na presença de policiais; mas não mudam de ideia, mudam de local). (ROLIM, 2006)

Apesar disso, MARCOS ROLIM (2006) duvida que a unificação das instituições policiais possa gerar efeitos positivos, eis que “*tenderia a somar os defeitos das instituições que temos, subtraindo suas virtudes*”. Em verdade, a hipótese é que a unificação das polícias estaduais tenderia para a *militarização* da polícia civil (eis que menor em contingente) e em um desvirtuamento da investigação criminal (eis que se adotariam as técnicas de investigação da cultura militar), o que poderia resultar em um fracasso institucional e organizacional.

### III – As experiências de integração policial nos Estados do Ceará, de Minas Geral e de São Paulo e a redução da criminalidade na cidade de Nova Iorque

No Ceará, ao longo dos últimos quinze anos, diversas foram as experiências de integração das polícias civil e militar. Contudo a mais emblemática foi a criação dos Distritos-Modelos (DMs), durante o terceiro Governo Tasso Jereissate (1998-2002), no âmbito da contratação da empresa *First Security Consulting*, dirigida por William Bratton, ex-chefe da polícia de Nova Iorque, responsável pelo decréscimo dos índices de criminalidade naquela cidade entre os anos de 1994 e 1998. A principal consequência do DMs foi o empréstimo de policiais militares para as delegacias. Não houve propriamente uma integração institucional, mas sim, um desvirtuamento imediato das atividades dos policiais militares que assumiram as funções de policiais civis, mantendo uma cultura mais obediente e seguidora da hierarquia e da disciplina, se comparada a dos policiais civis, nos quais se observava uma "flexibilidade" de hierarquia e da disciplina. Segundo BRASIL e ABREU:

Na prática, a integração operacionalizada com a instalação dos DMs acabou por misturar policiais civis e militares num mesmo espaço de trabalho e, no caso das delegacias de polícia, essa integração se deu de maneira mais intensa em razão do *déficit* de pessoal da Polícia Civil (...). dessa maneira, a PC acabou sendo 'forçada' a aceitar que Pms 'assumissem' o lugar de PCs nas atividades policiais das delegacias distritais (BRASIL e ABREU, 2002, p. 321).

No Estado de Minas Gerais, houve a execução de programa voltado à integração das polícias estaduais, que se tornou referência para outros Estados, com a integração do registro das ocorrências criminais, das áreas de atuação, das corregedorias, do ensino e do planejamento operacional, resultando em uma redução de 53% de crimes violentos entre 2004 e 2010. Contudo, a partir de 2011, os índices de criminalidade voltaram a crescer, entre outros motivos, devido a descontinuidade da gestão da segurança pública. Como afirmou SAPORI (2014, p. 116-117): "O programa de integração das polícias [...] perdeu credibilidade entre as respectivas organizações, provocando o reinício dos conflitos entre elas. [...] Os policiais civis interpretaram que a Polícia Militar foi a organização mais beneficiada com a política e que a Polícia Civil foi a mais prejudicada (...)". Novamente, o projeto de integração se deteriorou em face das disputas corporativistas.

Em São Paulo, houve uma expressiva redução dos crimes de homicídio, entre os anos de 2001 e 2013 (mais de 65%). Entre as diversas medidas adotadas, conforme observações de TÚLIO KAHN, citado por SAPORI (2014, p. 111-115), não se percebe nenhuma que diga respeito a colaboração da polícia militar na investigação criminal do crime de homicídio. Somente no início do ano de 2015, o Governo do Estado de São Paulo anunciou que iria unificar o setor de inteligência da Polícia Civil, da Polícia Militar e da Polícia Técnico-Científica para integrar as ações dos órgão policiais, com a criação do Conselho Integrado de Planejamento e Gestão Estratégica (ESTADO..., 22/01/2015). O que ocorreu em São Paulo foi, entre outras estratégias, o aprimoramento do setor de inteligência da Polícia Civil, o investimento maciço no Departamento de Homicídios, o aumento do número de policiais militares, e a melhoria substantiva da estrutura logística das polícias (SAPORI, 2014, p. 111). A integração mínima adotada foi a compatibilização territorial das áreas de atuação das polícias civil e militar (SAPORI, 2014, p. 113). Houve ainda a consolidação do domínio da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que, segundo estudos de GABRIEL FELTRAN, citado por SAPORI (2014, p. 115), "impôs procedimentos próprios de resolução de conflitos nas periferias paulistanas [...] quaisquer acertos de conta entre traficantes e entre eles e seus clientes foram submetidos a julgamentos informais comandados por membros do PCC". Assim, foi imposta uma lógica de mercado para evitar que homicídios fúteis ou não autorizados paralisassem as atividades do tráfico, mormente em face do aumento da eficiência da repressão policial.

Por fim, o exemplo mais lembrado de redução de índices de criminalidade, é o da cidade de Nova Iorque, cuja polícia já exercia o ciclo completo da atividade policial, contudo possuía uma das maiores taxas de homicídio do Mundo. Em 1990, foram contabilizados 2.245 homicídios. Em poucos anos, houve um declínio de 72% dos homicídios, de modo que em 1998, foram registrados apenas 606 casos (SAPORI, 2014, p. 109). Nos anos seguintes, a diminuição continuou, atingindo 82% em 2009, de modo que significava apenas 18% do número de homicídios de 1990, segundo ZIMRING (2012). Diversas iniciativas foram tomadas por William Bratton, chefe da polícia de Nova York, a partir de 1994, inspirado na doutrina da *Tolerância Zero*, cujos fundamentos teóricos foram lançados no artigo de George L. Kelling e James Q. Wilson, *Fixing Broken*

*Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, publicado em 1982 no jornal de Washington, DC, *The Atlantic*. O principal efeito das políticas adotadas em Nova Iorque foi a eliminação da venda de drogas em locais públicos, na maior parte da cidade. Como ressaltou WENDEL e CURTIS (2002, p. 277), "As drogas continuam a ser vendidas e usadas em Nova Iorque, mas estas atividades raramente são vistas ou afetam não-usuários". Para tanto, houve uma reengenharia da gestão policial na cidade de Nova Iorque. Foi aplicada a técnica informatizada denominada *COMPSTAT* para contar e mapear os crimes e organizar respostas efetivas e exigir o cumprimento de metas pelos comandantes das áreas, implementando uma cultura compulsiva por resultados (WENDEL e CURTIS, 2002, p. 271-272). A polícia concentrou seus esforços na criminalidade grave, como homicídio, roubo, tráfico de drogas, etc., relocando recursos humanos e técnicos, visando desmantelar organizações. Como ressaltou SAPORI:

Houve incremento tanto na quantidade de policiais quanto na qualidade do emprego, avaliação e gerenciamento desses policiais. [...] A distribuição dos recursos humanos e materiais da polícia seguiu parâmetros e procedimentos de gestão por resultados, mediante o mapeamento das zonas quentes (*hot spots*) e estabelecimento de metas de redução de crimes que passaram a ser monitoradas com frequência. Privilegiou-se um modelo de atuação policial proativa e preventiva, o que aumentou a eficiência no controle dos homicídios (SAPORI, 2014, p. 110-111).

Analisando as experiências mencionadas, vê-se que, no Estado do Ceará, houve uma *integração total*, em que policiais militares trabalharam como se fossem policiais civis, exercendo, na prática, as mesmas funções, ocupando os mesmos espaços físicos dos policiais civis. Por sua vez, em Minas Gerais, houve uma *integração parcial*, que visou o trabalho operacional conjunto das forças policiais, assegurando a identidade de registro de informações e de área de atuação. Em São Paulo, a redução dos índices de homicídio não teve relação significativa com o eventual esforço pela integração das forças policiais. Por fim, em Nova Iorque, as funções de policiamento e de investigação criminal já eram integradas em um mesmo departamento, ainda assim, em 1990, Nova Iorque era uma das metrópoles mais perigosas do mundo. Assim, é improvável que a integração ou a unificação das forças policiais, por si só, seja suficiente para o combate eficiente à criminalidade.

Tratar policiais militares e civis como se pertencessem a uma única instituição (*Polícia*), como forma de promover a uma *integração forçada*, leva a população a confundir as atividades desenvolvidas pelos policiais e rebaixa a autoestima dos profissionais em segurança pública. Ambas as polícias devem ser corretamente identificadas, por símbolos e adesivos próprios em viaturas, fardamentos e fachadas de prédios. Por outro lado, o combate multidisciplinar e interinstitucional ao homicídio e ao tráfico de drogas é fundamental. O crescimento econômico e a consolidação do tráfico de drogas favoreceram o recrudescimento dos índices de homicídio no País (SAPORI, 2014, p. 80). A ausência de articulação entre as polícias estaduais e a ineficiência da resposta do Estado estimulam ainda mais a ocorrência de crimes graves. Há uma política equivocada de investir fortemente na polícia militar e de não proceder o mesmo na Polícia Civil, no Ministério Público e no Judiciário. O resultado costuma ser uma quantidade enorme de crimes de homicídio para um contingente policial civil muito baixo. A baixa capacidade investigativa da polícia e a morosidade da Justiça geram um baixo grau de certeza da punição. A demanda atual de crimes de homicídio simplesmente não consegue ser absolvida pelo sistema de persecução criminal. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, os Tribunais de Justiça alcançaram apenas 29,1% da Meta de Persecução Penal referente a ações penais em tramitação, julgando apenas 17 mil processos de um total de 59,5 mil ações que aguardavam julgamento desde 2009 (TRIBUNAIS..., 16/01/2015). Se não houver um aumento substancial no contingentes da Polícia Civil, do Ministério Público e do Judiciário, não haverá perspectivas melhores para diminuição dos índices de homicídio, aprofundando o descrédito de todo o sistema de persecução penal. Ademais, é preciso ultrapassar a interpretação hermética e equivocada da independência funcional e passar a cobrar resultados efetivos de todos os integrantes do sistema criminal.

A integração das forças policiais encontra obstáculos corporativos que pacerem inviabilizar qualquer tentativa de reforma da polícia. Existe uma rejeição pela integração institucional e pela unificação das polícias estaduais, contudo o discurso politicamente correto continua sendo a integração de ações policiais. Em outros termos, cada policial deve fazer o seu trabalho, dentro de suas atribuições legais. A afirmação não deixa de ser interessante, pois, ao mesmo tempo, descarta e ressalta a importância da ideia de integração. Na verdade, a integração esbarra em uma *constatação*: o policial militar pouco pode ajudar se não se sentir responsável pela integridade da investigação criminal e o policial civil produz muito poucos resultados se não tiver informações

sobre as atividades de policiamento. A integração de ações deve permitir, necessariamente, que o policial militar exerça atividades de natureza investigativa ao menos em nível de cooperação; e que o policial civil possa coletar dados provenientes do policiamento ostensivo, visando auxiliar os trabalhos de investigação criminal.

#### **IV – A cooperação entre polícias no local de crime de homicídio**

O local de crime de homicídio é um bom exemplo para observar a atuação dos diversos agentes da segurança pública. Quando comenta sobre local de crime, o Relatório Nacional da Execução da Meta 2: *um diagnóstico da investigação de homicídios no país*, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (2012, p. 61) destaca que: “Aquele que primeiro chega, normalmente um policial militar [...]. Sua missão é isolar, da forma mais ampla possível, o perímetro em que se deu o evento, garantindo que a cena do crime seja preservada para avaliação dos peritos e investigadores”. Para o CNMP, além de prestar socorro a vítima e de prender o autor do crime, o policial militar deve providenciar o isolamento e a preservação do local.

Ocorre que o trabalho de isolamento do local de crime é mais complexo do que apenas a preservação das evidências do crime, envolve também avaliar a cena, tomar notas e localizar testemunhas. Até mesmo para preservar o local é preciso que o policial evite entrar na cena, tocar ou utilizar qualquer item que lá esteja; impedir que qualquer pessoa entre no local, sem autorização; estabelecer um caminho de entrada e saída da cena de modo a não modificá-la; e manter um registro cronológico de todos que entrem na cena do crime. Além de preservar o local, é preciso anotar a hora exata de chegada do primeiro policial; e registrar qualquer circunstância de alteração do local. A identificação de testemunhas é essencial para o sucesso da investigação, em especial, quando a polícia civil não consegue visitar o local do crime em tempo hábil (MIGARDI: 2006, p. 39-46). Ao contrário do que se pensa, os métodos e técnicas da investigação do crime de homicídio são complexos, pois demandam “a necessidade de uma apuração dinâmica, rápida e firmada em conhecimentos interdisciplinares, pois, em matéria investigatória, persiste a máxima de Locar, para quem o tempo que passa é a verdade que foge” (FERRARESI, 2005, p. 58). Assim, vê-se que, os policiais militares poderiam colaborar significativamente, caso fossem treinados para, ao menos, fazer um bom trabalho no local de crime, de modo a colher informações preliminares, que devem ser obrigatoriamente repassadas aos policiais civis. Da mesma forma, os peritos forenses, em local de crime, precisam ficar atentos ao contexto do crime, procurando descrever sempre a dinâmica do delito, com o maior número de detalhes possíveis. Para tanto, os peritos não podem deixar de manter contato e colher informações de populares e de policiais civis e militares, indistintamente.

No trabalho de campo realizado, foram coletadas informações e impressões sobre o trabalho da polícia civil e da polícia militar no local de crime. Foram realizadas entrevistas com 8 (oito) policiais e anotações sobre 3 (três) locais de crime de homicídio, na cidade de Fortaleza/CE, nos dias 5, 8 e 9 de Junho de 2015. Em todos os casos, foram constadas deficiências na realização do isolamento e da preservação da área imediata. Os policiais transitaram na área de processamento, mesmo na presença dos peritos. Os policiais militares usaram fitas para o isolamento de área, mas não utilizaram quaisquer outros meios para evitar a contaminação ou a alteração do local de crime, como luvas, de modo que, por desinformação e por impulso não preservaram objetos eventualmente coletados (documentos e armas de fogo, por exemplo). Os policiais militares não estabeleceram rotas de entrada ou saída do local de crime. Os policiais não sabiam como proceder na cena de crime, circulando constantemente próximo aos vestígios do delito. Foi relatado que os socorristas do serviço médico de urgência costumam violar a cena de crime, limpando o local e o corpo da vítima. Os policiais militares fizeram anotações sobre toda e qualquer informação com o propósito precípuo de realizar relatórios ao CIOPS (sistema integrado de informações) e a unidade policial militar, sem quaisquer garantias de que tais informações sejam repassadas à Polícia Civil, de forma automática e espontânea. Não há programa informatizado com informações sobre organizações criminosas e seus integrantes por rua, bairro ou área integrada de segurança, de modo que a equipe plantonista da Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa – DHPP da cidade de Fortaleza não possuía dados informatizados sobre a atuação de criminosos na área onde ocorreram os delitos, utilizando-se, de forma cotidiana, de fragmento de informações repassadas pessoalmente entre os policiais. O trabalho de isolamento foi dificultado pela concentração demasiada de populares em torno da fita de isolamento, o que foi descrito por um delegado entrevistado como a *cultura da morte*, em que as pessoas, inclusive crianças e adolescentes, demonstram um fascínio pela violência e pelo corpo ensanguentado da vítima. Em um dos locais de crime visitados, logo após a retirada do corpo pela perícia, rapidamente, os populares se dispersaram, voltando a uma aparente normalidade, como se houvesse encerrado um espetáculo. Os policiais civis se queixaram da atuação do serviço reservado da Polícia Militar, conhecida como P2, que, na prática, realiza as funções de polícia judiciária,

contudo, em geral, as informações somente são repassadas a unidade policial militar a que é vinculada, para viabilizar de operações da Polícia Militar, em que as pessoas presas são conduzidas à delegacia para formalização do procedimento. Assim, mesmo com necessidade de cooperação em local de crime, existe desarticulação operacional entre policiais civis e policiais militares.

#### **V – A legislação e a jurisprudência relativa a cooperação entre polícias**

Se a integração institucional já se mostrou pouco provável ou eficaz, a cooperação mútua é juridicamente possível, pois prevista em lei, aceita pela jurisprudência dos tribunais superiores e se trata de uma prática cotidiana das polícias, apesar de pouco organizada e institucionalizada.

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Entre os meios de prova previstos na lei, encontra-se a “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal” (art. 3º, inciso VIII, da referida lei). Em verdade, para NUCCI (2015, p. 47), a cooperação entre instituições e órgãos “[...] não concerne ao cenário dos meios de prova [...] é decorrência lógica do funcionamento da máquina estatal, além de constituir uma ação positiva de colaboração e não um mecanismo de demonstração da verdade de um fato.” A cooperação entre polícias não está limitada a investigação de crimes praticados por organização criminosa, podendo ser aplicável em qualquer modalidade criminosa e em qualquer fase da persecução penal. Na investigação do crime de homicídio, a cooperação entre polícias é essencial para descoberta da autoria.

Existem diversas propostas em tramitação no Congresso Nacional, versando sobre a reforma dos órgãos policiais, com a criação de polícias de ciclo completo, a exemplo da PEC nº 51, de 2013, do Senado Federal; ou com a ampliação de atribuições das atuais polícias, para atuarem como polícias de ciclo completo, como é a proposta da PEC nº 431, de 2014, da Câmara dos Deputados. Na realidade, as propostas pretendem fazer frente a uma constatação prática: as polícias militar e civil já realizam atividades de policiamento e de investigação, em maior ou em menor grau, de modo que a cooperação entre instituições e órgãos policiais é necessária ao bom funcionamento do aparato de polícia.

O Supremo Tribunal Federal (STF) (RHC 116000 AgR, DJe-213 29/10/2014) já reconheceu como legal “[...] a mútua cooperação entre organismos policiais, o intercâmbio de informações, o fornecimento recíproco de dados investigatórios e a assistência técnica entre a Polícia Federal e as Polícias Estaduais [...]” Assim, não pode ser descartada a constitucionalidade da cooperação mútua entre polícias estaduais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) (HC 7.199/PR, DJ 28/09/1998, p. 115) reconheceu a legalidade de relatórios da Polícia Militar para embasar processos de crime de menor potencial ofensivo, quando o Estado se obrigar a utilizar o contingente da Polícia Militar, em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil. O STJ (REsp 332.172/ES, DJe 04/08/2008) afirmou que: “A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar”. Desta forma, as atividades da polícia militar podem ser reconhecidas como de polícia investigativa, eis que o enfoque do policiamento não elimina esta função. Da mesma forma, o STJ (HC 256.118/SC, DJe 09/06/2014) admitiu a utilização de “elementos informativos obtidos pela agência de inteligência da polícia militar” para embasar inquérito policial da polícia civil. O STJ (RHC 28.281/SP, DJe 01/03/2013; HC 222.963/SP, DJe 23/08/2013; e RHC 40.983/SC, DJe 19/11/2014) admitiu a validade de interceptações telefônicas requisitadas ou realizadas por policiais militares, desde que autorizadas judicialmente. Para tanto, os Ministros do STJ ponderaram as diferentes realidades encontradas nas Unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as melhores condições para executar interceptações telefônicas.

A legislação e a jurisprudência autorizam a cooperação entre as polícias estaduais. Os policiais militares podem colaborar efetivamente para investigação do crime de homicídio, repassando a polícia civil informações do policiamento que auxiliem no descobrimento da autoria de crime. A polícia deve sempre utilizar o mapeamento das ocorrências criminais, de modo a superar as dificuldades do policiamento e da investigação. Os policiais militares precisam preservar melhor o local de crime. Os peritos devem sempre estabelecer a dinâmica



do homicídio, auxiliando o trabalho de investigação. A polícia civil pode reorganizar o trabalho de investigação para além do que prescreve o inquérito policial. A polícia civil necessita coletar e utilizar informações do policiamento com enfoque nos trabalhos de investigação. Enquanto não for implementada uma cultura de real complementação das atividades policiais, não haverá perspectivas de melhorar a eficiência da prevenção e da investigação do crime de homicídio. As polícias devem atuar com o pressuposto da cooperação, concretizada no dever de prestar de informações para realizar melhor o policiamento e a investigação criminal.

#### **VI – Sugestões de atuação do Ministério Público na cooperação das polícias e no equilíbrio do sistema de persecução criminal**

No exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público (MP) cabe a orientação e a fiscalização dos trabalhos de investigação criminal. Para fins deste trabalho, a estratégia primordial seria avaliar e assegurar a cooperação entre os trabalhos desenvolvidos pelos policiais civis, peritos criminais e policiais militares na investigação do crime de homicídio. Neste sentido, o Ministério Público necessita participar das reuniões de gestão para mediar os conflitos entre as polícias; e traçar estratégias conjuntas no combate a criminalidade em cada área de atuação comum. A atividade dos membros do Ministério Público não se limitaria apenas às inspeções ordinárias em delegacias, em unidades da polícia militar ou da perícia forense. Haveria a necessidade de avaliar a qualidade da prova produzida nos locais de crime de homicídio e a participação das polícias civil e militar na adoção de estratégias visando contabilizar e mapear a criminalidade e desarticular organizações criminosas, em especial as que se dedicam ao tráfico de drogas ilícitas e a crimes letais. Os membros do MP não podem se limitar ao controle de prazos processuais dos inquéritos policiais ou ao controle difuso da atuação dos policiais nos processos judiciais. É preciso estabelecer contato institucional frequente entre MP e polícias, de modo a garantir a eficiência da atividade de persecução criminal.

Neste contexto, o MP poderia: 1. Participar, periodicamente, de reuniões com a polícia civil e militar, por área de atuação; 2. Avaliar periodicamente a eficiência das estratégias para o combate e controle de crimes de homicídio e de tráfico de drogas; 3. Recomendar a adoção de um protocolo de atuação dos policiais no isolamento do local de crime, que inclua, além da preservação do local, medidas para coleta de provas e de compartilhamento de informações do policiamento e da investigação, respeitadas as atribuições legais de cada instituição policial; 4. Recomendar que os peritos forenses procurem sempre definir a dinâmica do delito; 5. Recomendar que as polícias militar e civil mantenham uma rotina de compartilhamento e de fornecimento de informações entre policiais e entre unidades policiais, em que as informações e os relatórios sejam fornecidos ou encaminhados de uma instituição a outra, preferencialmente em meio informatizado; 6. Recomendar a investigação conjunta de crimes de homicídio, que se assemelhem pelo modo de execução, com a participação de ambas as polícias estaduais, respeitadas as atribuições e as disposições legais quanto a conexão e a continência de crimes; 7. Recomendar ao Governo o aumento do contingente da polícia civil visando melhorar a capacidade investigativa do sistema de persecução criminal; 8. Realizar gestão visando o aumento do número de promotores de justiça e de juízes para acelerar o processamento e o julgamento dos crimes de homicídio.

Mudar a realidade cotidiana e pragmática do policiamento e da investigação de crimes de homicídio é possível. Como escreveu o poeta FERNANDO PESSOA: “O homem de sensibilidade justa e recta razão, se se acha preocupado com o mal e a injustiça do mundo, busca naturalmente emendá-la, primeiro, naquilo em que ela mais perto se manifesta; e encontrará isso em seu próprio ser. Levar-lhe-á essa obra toda a vida” (2015, p. 317).

#### **VII – Conclusão objetiva.**

A ausência do ciclo completo da atividade policial (tarefas ostensivas, preventivas, investigativas e de persecução criminal em um único órgão policial) não tem relação com a eficiência da investigação do crime de homicídio. Em verdade, é a ausência de cooperação mútua e de ações conjuntas das polícias estaduais (polícias civil e militar) que provocam a desarticulação do aparato policial e favorecem a proliferação dos crimes de homicídio. Além de ser prevista como meio de obtenção da prova, no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a cooperação entre órgãos policiais é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 7.199/PR, REsp 332.172/ES, HC 256.118/SC, RHC 28.281/SP, HC 222.963/SP e RHC 40.983/SC) e pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 116000 AgR). Entre outras atividades inerentes ao controle externo, o Ministério Público (MP) pode orientar e fiscalizar a cooperação entre os órgãos policiais, recomendando a criação de protocolo de atuação dos policiais no isolamento e na preservação do local de crime de homicídio,

com a adoção de medidas para coleta de provas e de compartilhamento de informações do policiamento e da investigação, respeitadas as atribuições legais de cada instituição policial. O MP ainda pode recomendar que as polícias militar e civil mantenham uma rotina de compartilhamento e de fornecimento de informações entre policiais e entre unidades policiais, em que as informações e os relatórios sejam fornecidos ou encaminhados de uma instituição a outra, preferencialmente em meio informatizado.

**VII – Proposta de enunciado:** O Ministério Público deve orientar e fiscalizar a cooperação entre os órgãos policiais, o compartilhamento e o fornecimento de informações entre as polícias, assegurando a articulação do aparato policial no combate ao crime e no controle da criminalidade.

### VIII – Referências.

#### *Livros e Artigos*

ABREU Domingos; e BRASIL, Glauciria Mota. **Uma experiência de integração das Polícias Civil e Militar: os Distritos-Modelo em Fortaleza.** Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 4, nº 8, jul/dez 2002, p. 308-355.

PESSOA, Fernando. **Livro(s) do Desassossego.** Ed. Teresa Rita Lopes, São Paulo: Global Editora, 2015.

MARIANO, Benedito Domingos. **Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004 (Col. Brasil Urgente).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAPORI, Luís Flávio. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014.

WENDEL, Travis; e CURTIS, Ric. **Tolerância Zero: a má interpretação dos resultados.** Revista Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 8, n. 18, p. 267-278, dezembro de 2002.

ZIMRING, Franklin E. **The City That Became Safe: New York's lessons for urban crime and its control.** Oxford University Press, 2012.

#### *Fontes da internet*

**ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública 2014.** <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/80-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Meta 2 (a Impunidade como Alvo): um diagnóstico da investigação de homicídios no país.** Brasília, 2012. <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Data de acesso: 10/06/2015.

**ESTADO cria grupo para unificar setor de inteligência das polícias de SP.** Portal G1 São Paulo, 22/01/2015 <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/01/estado-cria-grupo-para-unificar-setor-de-inteligencia-das-policias-de-sp.html>> Data de acesso: 10/06/2015.

FERRARESI, José Meneghini. **Investigação Policial de Homicídios: análise de métodos, técnicas e do procedimento policial.** Monografia de conclusão apresentada ao Curso de Especialização em Segurança Cidadã: Violência, Criminalidade e Polícia, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, março de 2005. <[http://www.justocantins.com.br/files/publicacao/Investigacao\\_Policial\\_de\\_Homicídios.pdf](http://www.justocantins.com.br/files/publicacao/Investigacao_Policial_de_Homicídios.pdf)>. Data de acesso: 10/06/2015.

**INTEGRAÇÃO das forças policiais e investimento em segurança serão os grandes legados da Copa.** Brasília, 22/5/14 <<http://www.justica.gov.br/noticias/integracao-das-forcas-policias-e-investimento-em-seguranca-serao-os-grandes-legados-da-copa>>. Data de acesso: 10/06/2015.

JARDIM, Lauro. **Ceará, o mais violento.** Revista VEJA.com., 28/05/15 <[veja.abril.com.br/blog/radar-online/brasil/ceara-foi-o-estado-com-maior-taxa-de-homicídios-em-2014-santa-catarina-foi-o-menos-violento/](http://veja.abril.com.br/blog/radar-online/brasil/ceara-foi-o-estado-com-maior-taxa-de-homicídios-em-2014-santa-catarina-foi-o-menos-violento/)>. Data de acesso: 10/06/2015.

**MAIS Mudanças, Mais Futuro: programa de governo Dilma Rousseff 2014.** <<https://programadegoverno.dilma.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Programa-de-Governo-Dilma-2014-RGB1.pdf>>. Data de acesso: 10/06/2015.

MIGARDI, Guaracy. **A investigação de Homicídios: construção de um modelo.** Relatório Final do Concurso de Nacional de Pesquisas Aplicadas em Justiça Criminal e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública, São Paulo, dezembro de 2005. <[http://www.pericioaficial.al.gov.br/legislacao/artigos-pesquisas-cientificas-e-livros/invest\\_homic\\_guaracy.pdf](http://www.pericioaficial.al.gov.br/legislacao/artigos-pesquisas-cientificas-e-livros/invest_homic_guaracy.pdf)>. Data de acesso: 10/06/2015.

**RELATÓRIO** Nacional da Execução da Meta 2: **um diagnóstico da investigação de homicídios no país.** Brasília, 2012. <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Data de acesso: 10/06/2015.



ROLIM, Marcos. **Laranjas Cortadas não Param em Pé: as razões pelas quais o Brasil precisa de um novo modelo de polícia.** 2006 <[http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com\\_content&task=view&id=836&Itemid=3](http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=836&Itemid=3)>. Data de acesso: 10/06/2015.

**TRIBUNAIS de Justiça devem alimentar Processômetro da Enasp a partir de 1º/2.** Portal JusBrasil, 2015. <<http://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/163163676/tribunais-de-justica-devem-alimentar-processometro-da-ensap-a-partir-de-1o-2>>. Data de acesso: 10/06/2015.

#### Legislação

BRASIL. **Lei de 18 de Agosto de 1831.** <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37497-18-agosto-1831-564307-publicacaooriginal-88297-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37497-18-agosto-1831-564307-publicacaooriginal-88297-pl.html)>. Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de Novembro de 1871.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm)>. Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de Setembro de 1871.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm)> Data de acesso: 10/06/2015.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Data de acesso: 10/06/2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição, nº 431, de 2014.** <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=643936>>. Data de acesso: 10/06/2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Data de acesso: 10/06/2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto: Lei de Organização da Investigação Criminal.** <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-49-2008-de-27-de/downloadFile/file/lei%2049.2008.pdf?nocache=1219825154.6>>. Data de acesso: 10/06/2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 63/2007, de 6 de Novembro: Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana.** <[http://www.gnr.pt/documentos/Legislacao/LEI\\_ORGANICA.pdf](http://www.gnr.pt/documentos/Legislacao/LEI_ORGANICA.pdf)> Data de acesso: 10/06/2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 37/2008, de 2 de Julho: Lei Orgânica da Polícia Judiciária.** <<http://www.policiajudiciaria.pt/PortalWeb/page/%7BDF35EE00-E16B-47E1-9559-E2D92605846A%7D>> Data de acesso: 10/06/2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto: Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública.** <[http://www.psp.pt/Legislacao/Lei\\_53-2007.pdf](http://www.psp.pt/Legislacao/Lei_53-2007.pdf)> Data de acesso: 10/06/2015.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição, nº 51, de 2013.** <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=114516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114516)>. Data de acesso: 10/06/2015.

#### Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 7.199/PR**, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 01/07/1998, DJ 28/09/1998, p. 115.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 222.963/SP**, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 256.118/SC**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 332.172/ES**, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2007, DJe 04/08/2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 28.281/SP**, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 40.983/SC**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 19/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 116000 AgR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, DJe-213 29/10/2014.

***DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS  
PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO FATO  
TÍPICO: ARTIGO 359 DO CÓDIGO PENAL  
VERSUS CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.***

*PABLO ANTONIO CORDEIRO DE ALMEIDA*

O descumprimento de medidas protetivas de urgência, previstas nas Lei Maria da Penha, caracteriza crime. Entendido em sentido contrário, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, não se compatibiliza com a legislação e principiologia penal, menos com os ditames da lei 11.340/2006.

**DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO FATO TÍPICO:** Artigo 359 do Código Penal *versus* crime de desobediência.

Autor: Pablo Antonio Cordeiro de Almeida<sup>1</sup>.

Ementa: Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça têm afastado a incidência do artigo 330 do Código Penal aos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, não se compatibiliza com a legislação e princiologia penal, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006. Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB. Possível a prisão em flagrante.

Palavras-chave: Medidas Protetivas. Descumprimento. Tipicidade. Violência de gênero.

Epígrafe: Ariano Suassuna – (...) pior do que o escuro em que nos debatemos é a mania de ser dono da luz<sup>2</sup>.

1 – Síntese dogmática da proposição:

O Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimas decisões, tem afastado a aplicação do artigo 330 do Código Penal, que tipifica o crime de desobediência, aos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, fixadas judicialmente e previstas na Lei Maria da Penha. Algumas destas decisões chegam a afirmar que tratar-se-ia de conduta atípica. Tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, postulado este já aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em julgados atinentes à matéria da violência doméstica e familiar contra a mulher, vide, por exemplo, ADI n. 4.424/DF e ADC n. 19/DF, não se compatibiliza também com a legislação e princiologia penais aplicáveis à espécie, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006.

Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB e não o tipificado no artigo 330 do Código Penal. Trata-se, pois, de conduta típica, que admite prisão em flagrante. Assim, mesmo que oferecida denúncia pelo Ministério Público pela prática do crime de desobediência, não deve a Inicial Acusatória ser rejeitada ou não recebida, mas simplesmente ser aplicado o instituto da *emendatio libelli*. Não há que se falar, pois, em atipicidade da conduta. Ademais, em relação à suposta não caracterização do crime de desobediência, os argumentos lançados pelo STJ, *concessa maxima venia*, são absolutamente frágeis, e, por isso mesmo, não se sustentam. Outrossim, nem mesmo no próprio Superior Tribunal de Justiça o tema se pacificou, existindo decisões dissonantes, a seguir citadas. O STF, também, não se manifestou sobre a questão. Assim, revela-se prematura a extinção destes processos sem resolução do mérito. Ademais, oferecer proteção deficiente às mulheres vítimas de agressões domésticas ou familiares é praticar violência institucionais contra aquelas.

2 – Fundamentação – justificação:

O Superior Tribunal de Justiça, em decisões datadas de 2014, tem afirmado que:

1. O crime de desobediência previsto no art. 330, do CP, somente se perfaz quando inexistir cumulação de *sanção* específica de outra natureza em caso de descumprimento de ordem judicial.
2. Na Lei Maria da Penha, *lex specialis*, existe previsão de prisão preventiva para aquele que descumprir a medida protetiva acauteladora da integridade da vítima (art. 313, III, do CPP). Por isso não há ensejo para a incidência do crime de desobediência<sup>3</sup>.

A 6ª turma do STJ definiu também que a previsão em lei de punição administrativa ou civil (prisão ou multa) para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo quando houver expressa cumulação. Em observância às peculiaridades do caso que lhe foi submetido, o Ministro Relator asseverou que a Lei Maria da Penha, dentre outras medidas, estabeleceu sanção pecuniária para o caso de descumprimento de medida protetiva de urgência. No caso paradigma essa sanção foi prevista pelo Juiz do caso quando da aplicação da medida. Assim, concluiu o Ministro, “se o juiz comina pena pecuniária para o descumprimento de preceito judicial, a parte que desafia tal ameaça não comete crime de desobediência”. Vejamos dois precedentes da 6ª Turma do STJ: “HC 293.848/SP - Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - DJe 16/09/2014 (...). 2. O descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito – UFBA (Universidade Federal da Bahia). Integrante do Grupo Nacional dos Membros do Ministério Público – GNMP.

<sup>2</sup> SUASSUNA, Ariano. *O Santo e a Porca*. 29a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2014. p. 23.

<sup>3</sup> STJ - AgRg no REsp 1445446/MS - Rel. Ministro MOURA RIBEIRO - QUINTA TURMA - DJe 06/06/2014.

do crime do art. 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida”. Outro julgado do STJ assim consignou:

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.653 - MG (2013/0105718-0) – Rel. Ministro - MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - DJe: 02/04/2014 - 1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência). 2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência. 3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime.

Ora, o primeiro argumento do STJ é o seguinte: a Lei Maria da Penha prevê sanções específicas para os casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, que seriam, *sic.*, a multa e a possibilidade de prisão preventiva do agressor. Segundo o STJ, estas duas “sanções” afastariam a incidência do tipo penal de desobediência. Em primeiro lugar é preciso registrar que prisão cautelar não é, nem nunca foi, sanção. Prisão cautelar não é antecipação de pena, é apenas uma medida instrumental voltada para o processo penal. Quanto à natureza jurídica da prisão cautelar, vejamos as lições da doutrina nacional:

Renato Brasileiro. A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, *que não pode ser utilizada como instrumento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para a sua decretação, não é de culpabilidade mas sim de periculosidade*. Como anota o Min. Celso de Mello, a prisão cautelar, *que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição penal*<sup>4</sup>.

Os Magistrados que entendem ser a prisão cautelar uma espécie de sanção são qualificados, pelos garantistas, como “desvairados”. Vejamos:

Luiz Flávio Gomes – (...) há juízes que absurdamente estão transformando a prisão cautelar em prisão antecipada (segundo a clássica lição de Carnelutti). (...) Muitos presos acham-se recolhidos há anos sem julgamento. Para além dos prejuízos materiais que esses atos desvairados vão gerar (virão muitas condenações contra o Brasil na corte Interamericana de Direitos Humanos), deveriam estar prestando atenção nas carreiras criminais que estamos fabricando<sup>5</sup>.

A doutrina internacional se inclina neste mesmo sentido:

Luigi Ferrajoli – 3. Usos e abusos judiciais do cárcere preventivo. A pena antecipada e a coerção inquisitória. (...) Policialescas, de outra parte, são também as duas funções efetivas – de ordem punitiva e processual – desenvolvidas com prevalência pela polícia. *A primeira função é aquela ligada à sua natureza de pena antecipada. (...) primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal (...)*<sup>6</sup>.

As críticas à prisão cautelar como sanção, pois, não poderiam ser mais incisivas, como visto acima. Todavia, o garantismo, neste particular, é curioso, já que adota uma visão monoclar. Ergo, quando se discute a necessidade de prisão a segregação cautelar em nenhuma hipótese pode ser considerada uma sanção. Todavia, quando se discute a necessidade de criminalização de determinada conduta a prisão cautelar é sanção, a qual, de tão grave, gera, inclusive, a atipicidade de um comportamento antijurídico. A interpretação caolha supracitada somente confirma o adágio popular de que “em terra de cego quem tem um olho é Rei”. Portanto, não se poderia falar que a previsão de “sanção de prisão cautelar” afastaria a incidência de crime específico. Mesmo porque “prisão cautelar” não é e nem nunca foi sanção. Assim, este argumento do STJ é frágil e, por isso mesmo, não se sustenta. Então, não poderia ser invocado, em casos deste jaez, o princípio da proibição do *non bis in idem*. A invocação do princípio foi, pois, *concessa maxima venia*, inadequada.

Mas não é só isso: O STJ falou também que é prevista expressamente a sanção de multa para o caso de descumprimento de medida protetiva de urgência e que isso afastaria a ocorrência do crime de desobediência. Contra este argumento, existem vários. Vejamos: Primeiro: o art. 17 da Lei Maria da Penha veda, expressamente, a aplicação isolada da pena de multa ao agressor doméstico. vejamos: “art. 17. é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. Portanto, a interpretação do STJ é manifestamente *contra legem*. Neste particular, o art. 4º da Lei Maria da Penha assim prescreve, *verbo ad verbum*: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1196.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 715/716.

e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Segundo. Não bastasse isso, a previsão de multa, citada pelo STJ, é uma norma processual, e não de natureza penal propriamente dita. Portanto, seria perfeitamente possível a coexistência entre uma “sanção” processual penal (uma *astreintes* penal) e a tipificação da conduta como crime, levando-se em consideração o princípio da independência das instâncias, mesmo porque o art. 22 da Lei Maria da Penha faz menção expressa ao art. 461 do Código de Processo Civil. Ou seja, a multa acima citada é uma *astreintes* tipicamente processual e não penal. Vejamos a legislação:

Art. 22 da Lei Maria da Penha. 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:

(...) § 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.

(...) § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

(...) Art. 461 do Código de Processo Civil. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

É preciso frisar, por oportuno, que nem mesmo a *astreintes*, segundo a doutrina processual civil mais autorizada, tem caráter punitivo, sancionatório. Trata-se, tão somente, de técnica de coerção.

Fredie Didier Jr, Rafael Oliveira e Paula Sarno – A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no sentido de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. (...) *A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem punitiva (...)*<sup>7</sup>.

Trata-se, mais uma vez, de argumento frágil do STJ, o qual não se sustenta de nenhuma maneira.

Sobre a independência e comunicabilidade entre as instâncias penal, civil e administrativa, vejamos as brilhantes lições de Emerson Garcia:

Os atos ilícitos (...) podem acarretar a sua responsabilidade penal, civil e administrativa. (...) ainda que única seja a conduta, poderá o agente sofrer sanções de natureza penal desde que haja a integral subsunção de seu ato a determinada norma incriminadora; administrativa, em restando configurado algum ilícito dessa natureza; e civil (...)<sup>8</sup>;

O artigo 22 da Lei Maria da Penha, por sua vez, faz expressa menção ao art. 461 do Código de Processo Civil, no qual, em verdade, é que se encontra a previsão genérica de aplicação de multa – *astreintes*. Ou seja, a multa não tem caráter penal, não é prevista nem mesmo em lei penal ou processual penal Terceiro. Além disso, a “pena de multa” é inadequada para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que estaticamente esta modalidade de crime é mais incidente em camadas populacionais de mais baixa renda (ou, pelo menos, são as pessoas que mais acorrem à Rede de Proteção para denunciar casos de agressões), tanto que a própria Lei Maria da Penha veda a aplicação de multa isoladamente ao agressor doméstico. Ou seja, a pena de multa, nestes casos, revelar-se-ia para a vítima uma proteção deficiente, o que será abordado com maior profundidade a seguir. Quanto à maior incidência dos casos de violência domésticas e familiar contra a mulher em camadas mais pobres da população brasileira, vejamos o seguinte estudo:

Pesquisas indicam que a violência de gênero atinge a todas as classes sociais e as estatísticas apontam que as mais sujeitas às agressões são as das classes mais pobres. (...) O perfil socioeconômico e o nível educacional das vítimas que denunciaram as violências revelam mulheres de baixa renda e de baixa escolaridade. No entanto, a violência doméstica e sexual não atinge apenas as mulheres pobres. Leila Linhares Barsted - Uma Vida sem Violência: o desafio das Mulheres – Observatório da Cidadania 2004. página 55<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: JusPodvum, 2007. p. 349.

<sup>8</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Admnsirativa*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 588.

<sup>9</sup> Fonte: [http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST60/Alessandra\\_Muniz\\_de\\_Campos\\_60.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST60/Alessandra_Muniz_de_Campos_60.pdf)

Intuitivo que assim seja, já que no Brasil, em 2014, menos de 14% da população estava obrigada a declarar imposto de renda<sup>10</sup>. Registre-se, por oportuno, que no Brasil é obrigado a declarar imposto de renda quem ganha pouco mais de 25 (vinte e cinco mil) reais por ano, ou seja, pouco mais de dois mil reais por mês. Somos, pois, um país de pobres, no qual mais de 86% da população sequer é obrigada a declarar imposto de renda. Assim, a maior incidência de violência doméstica nas classes mais baixas da população é uma contingência da realidade nacional, agravada pela deficiência educacional brasileira, bem como pela problemática da inserção da mulher no mercado de trabalho (Estudos indicam que “existe uma relação direta entre a denúncia e o trabalho da mulher. 62% das mulheres que denunciaram trabalhavam (...). O contato com o meio externo através do trabalho é um componente desnaturalizante da violência”<sup>11</sup>). Enfim, a realidade da violência de gênero no território nacional contraindica a utilização de multa ou de sanção pecuniária para o combate deste tipo de criminalidade.

Tanto a lógica pecuniária (a lógica de mercado) é inadequada para esta espécie de delito que a Lei Maria da Penha, em outro dos seus artigos, vedou a aplicação aos casos a ela subsumidos da Lei n. 9.099/95.

Como afirma Michael J. Sandel existem coisas que o “dinheiro não compra”, ou pelo menos não deveria comprar. O professor de Harvard e professor-visitante de Sorbonne Michael J. Sandel nos fornece importante indagação sobre tal peculiaridade:

(...) algumas das boas coisas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria. Desse modo, para decidir em que circunstâncias o mercado faz sentido e quais aquelas em que deveria ser mantido a distância, temos que decidir que valor atribuir aos bens em questão – saúde, (...) VIDA FAMILIAR (grifo nosso), (...). É um debate que não ocorreu durante a era do triunfalismo de mercado. (...) sem que nos déssemos conta (...) fomos resvalando da situação de *ter* uma economia de mercado para a de *ser* uma sociedade de mercado. A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização da atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado. O grande debate que está faltando na política contemporânea diz respeito ao papel e ao alcance dos mercados. Queremos uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado? (...). Como decidir que bens podem ser postos à venda e quais deles devem ser governados por outros valores que não os de mercado? Onde não pode prevalecer a lei do dinheiro?<sup>12</sup>

Ademais, mesmo que a multa supracitada tivesse natureza penal, com o que não concordamos, frise-se, é absolutamente comum no preceito secundário da norma penal a cumulação de sanção prisional com sanção pecuniária. Nem por isso esses tipos penais são classificados como inconstitucionais, por ferirem o “*non bis in idem*”. São inconstitáveis os tipos penais que preveem a cumulação de sanção prisional com sanção pecuniária. O próprio art. 330 do CP prevê que a pena é de prisão E (não ou) MULTA. Vejamos apenas três:

Perigo de contágio de moléstia grave - Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...) Calúnia - Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

(...) Desobediência - Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

As decisões do STJ, apesar da respeitabilidade da corte e de seus membros, são, portanto, juridicamente frágeis, as quais não têm embasamento científico nenhum, *concessa maxima venia*, com todo respeito de estilo. Trata-se de mais um caso de solipsismo jurídico no Brasil. Lenio Streck, numa de suas obras, assim leciona sobre o solipsismo:

10.5.3 – A hermenêutica e o combate ao solipsismo. Se a hermenêutica aqui trabalhada tem a função de superar as concepções objetivistas acerca da interpretação da lei, não se pode olvidar a sua importância no enfrentamento do solipsismo judicial. (...) as propostas contidas no movimento do direito livre – e seus derivados mais ou menos radicais, tais como o realismo estadunidense e a jurisprudência dos interesses alemã – que reivindicam o papel criativo da interpretação judicial principalmente nos casos de lacunas, já havia representado uma crítica ao objetivismo exigido pelas diversas modulações do formalismo. (...) É desse contexto que nascem os postulados daquilo que hoje nomeamos como protagonismo judicial. (...) Assim, a hermenêutica é um poderoso remédio contra teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsitas do judiciário. Esse fator, entretanto, não pode ser entendido como uma “proibição de interpretar” (...) ou, tampouco,

<sup>10</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/economia/imposto-de-renda/2014/noticia/2014/04/menos-de-15-dos-brasileiros-declaram-imposto-de-renda.html>

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha*, n. 11.340/06. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012. p. 69.

<sup>12</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 16.



como uma tentativa de tornar o Judiciário um “poder menor”. Na verdade, se trata exatamente do contrário. É justamente porque o Judiciário possui um papel estratégico nas democracias constitucionais contemporâneas – Concretizando direitos fundamentais, intervindo, portanto, quase sempre na delicada relação entre direito e política – que é necessário pensar elementos hermenêuticos que possam gerar legitimidade para as decisões judiciais (...). Vale dizer, a hermenêutica possibilita aos participantes da comunidade política, meios para questionar a motivação das decisões de modo a gerar, nessas mesmas motivações, um grau muito mais elevado de legitimidade. (...) Portanto, para além da objetividade ingênua do positivismo primitivo, mas aquém da subjetividade devoradora das posturas realistas, do direito livre ou da jurisprudência dos interesses e dos valores, a hermenêutica reivindica que a interpretação tenha sentido e que isso seja devidamente explicitado<sup>13</sup>.

Em outra de suas obras, Lenio Streck assim leciona:

Parece que no Brasil compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve desaparecer, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os princípios (esse é o juiz que traduziria os valores – sic – da sociedade, que estariam por baixo da letra fria da lei). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? (...) Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivo primitivo). (...) Repito: cumprir a letra (sic) da lei significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. (...) a Constituição não é um documento meramente ‘político’ (declarativo, pessoal, partidarista), que conteria um finalismo político-social, do qual o direito seria um instrumento, mas, sim, é o conteúdo jurídico que institucionaliza os campos com ela intercambiáveis, como a política, a economia e a moral. Portanto, a Constituição é o fundamento normativo; não, evidentemente, no sentido de fundamentum inconcussum absolutum veritatis, e, sim, no sentido hermenêutico, com o que se pode dizer que a autonomia do direito passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Mas isso não pode significar que o jurídico seja aquilo que a jurisdição diga que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, substituindo-se a onipresença da vontade geral pelo governo dos juizes<sup>14</sup>.

A linha de hermenêutica utilizada pelo STJ (ou a ausência dela), conforme visto acima, ao menos para mim, não faz o menor sentido jurídico, *concessa maxima venia*, com todo o respeito de estilo. Refutamos cada um dos argumentos do STJ e não encontramos na jurisprudência da Corte qualquer explicação jurídica para a posição adotada, que se sustente diante da confrontação com o direito. Todas as explicações adotadas são facilmente refutadas e, por isso mesmo, não se sustentam.

O STJ, com tal entendimento, substitui a “autoridade do argumento” pelo “argumento de autoridade”, consagrando uma jurisprudência “birrenta”, que, ao invés de julgar, prefere gerenciar processos, na feliz expressão de Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

*Nas faculdades, a pesquisa de jurisprudência começa a se sobrepor à doutrinária. Passamos da centralidade da lei para a da jurisdição. (...) O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei. Surge, assim, o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglosaxônica. (...) À inconfiabilidade da lei se substitui o tirocínio do juiz. (...) Dessa forma, o que ocorre com a aplicação do direito em face da velha e conhecida segurança jurídica? Reportagem de 2011 publicada por uma revista de circulação nacional mostrava que num escritório em São Paulo, um pequeno grupo de jovens advogados era capaz de acompanhar cerca de 25 mil processos por ano usando um software. Diz se que hoje já são 300 mil. Afinal, se há um pequeno grupo de advogados capaz de acompanhar centenas de milhares de processos, há certamente juizes que agem da mesma forma. Não é difícil imaginar como são tomadas as decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por “modelos” de gabinete, cuja regra maior é “limpar a mesa”. Como se julgar se tornasse um gerenciar repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída pela consulta e cola de informações. É essa a aplicação assustadoramente crescente que torna exasperante a questão jurídica olhada do futuro para o passado*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 295 e ss (grifo nosso).

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leionel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. pp. 177 e ss.

<sup>15</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Julgar ou gerenciar?* Editorial do periódico Folha de São Paulo: disponível

Registre-se, por honestidade intelectual, que tal interpretação do STJ é adotada não somente para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas para todos os casos de desobediências à ordens legais de funcionários públicos. A esse respeito, vejamos as lições de Cezar Roberto Bitencourt:

Quanto a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexistente crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo-judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio*. Solução idêntica ocorre com as decisões judiciais que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, não pode ressaltar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência, por faltar-lhe legitimidade legislativa<sup>16</sup>.

Em primeiro lugar, tal interpretação transmutaria, ilegalmente, o art. 330 do CPB em uma nova espécie de norma penal em branco, já que a doutrina e a jurisprudência têm exigido para sua incidência que uma lei específica ressalve expressamente a aplicação daquele para cada caso singular de desobediência à ordem legal. A disposição penal do art. 330 seria, pois, insuficiente por si somente. Como se fosse possível criar norma penal em branco por interpretação jurisprudencial.

Além do mais, trata-se de interpretação bastante seletiva, capaz de causar calafrios aos teóricos do *labelling approach* (teoria do etiquetamento social).

O Labelling Approach (ou teoria do etiquetamento, da rotulação ou da reação social) surge nos Estados Unidos, nos anos 1960, como marco da teoria do conflito. (...) Parte-se da ideia de que o crime não guarda uma realidade ontológica em si. (...) O ato criminoso ou desviante é um ato que assim foi definido por um grupo de pessoas, por uma norma social. Logo, a condição de criminoso ou desviado é também fruto da atuação de mecanismos de controle, ou seja, da resposta social a alguns atos praticados pelas pessoas selecionadas (aplicação daquelas regras a sujeitos específicos). (...) Questiona-se por que algumas condutas são criminalizadas, ao passo que outras, igualmente lesivas, não o são e por que algumas pessoas são mais vulneráveis a serem selecionadas pelo sistema do que outras, diante de condutas idênticas. (...) O crime não mais é dado como um fato apriorístico, mas criado pela sociedade (mais especificamente, pelos detentores do poder). Dessa forma, questiona-se porque determinadas condutas, praticadas por determinadas pessoas, são escolhidas para serem objeto da atuação rigorosa penal, capaz de gerar estigmas perpétuos na vida de quem adentra seus recintos. O chamado *second code*, conjunto de regras de interpretação e aplicação das leis penais baseado em preconceitos e estereótipos, determina a seleção de indivíduos, sua condenação e submissão ao cárcere, local onde será despojado de seus valores e acreditará ser aquilo que lhe foi rotulado: um criminoso<sup>17</sup>.

*In casu* é justamente disto que se trata. Ora, antes da Lei Maria da Penha quem é que desobedecia impunemente ordem legal de agente público no Brasil? Ao preto, pobre e da periferia nunca foi deferida tal faculdade. Para estes sempre existiu o spray de pimenta, a bala de borracha e os autos de resistência. Fácil é verificar a diferença de tratamento que é atribuída aos descumprimentos de ordens legais no Brasil, vide os exemplos de Eldorado dos Carajás ou Desocupação do Pinheirinho e dos processos onde as “Excelências” descumprem decisões judiciais de fornecimento de medicamentos. Ademais, me parece equivocada a invocação da *ultima ratio*. Ora, se sempre que houver cominação específica de determinada sanção, civil ou administrativa, para o eventual descumprimento de decisão judicial ou ordem legal de funcionário público a doutrina e a jurisprudência entenderem que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico, supostamente, procuraria solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado, estar-se-ia, em verdade, transformando o direito penal em *prima ratio*. Isto porque, a contrário senso, quando não houver sanção civil ou administrativa para o descumprimento de uma ordem legal restaria caracterizado o crime de desobediência. Trata-se de argumento esquizofrênico.

---

em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-exercer.shtml>

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte especial. vol. 04. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 459.

<sup>17</sup> SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do *labelling approach*. Fonte: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)



## 2.1 – Proibição da proteção deficiente:

Vejam, ainda, as consequências práticas deste entendimento do STJ num exemplo hipotético, que, de propósito, muito se assemelhará a um caso concreto que vivenciamos como Promotor substituído da Promotoria de Justiça de Miguel Calmon: Um indivíduo chamado Tício agride sua esposa e sua filha com um facão, causando-lhes lesões corporais leves. Preso em flagrante delito, vê a sua prisão convertida em outras medidas cautelares penais, dentre elas a proibição de se aproximar da sua esposa, afastamento do lar conjugal, recolhimento no período noturno, proibição de portar armas, inclusive brancas, etc. Insatisfeito, todavia, quebrando compromisso assinado em juízo e descumprindo decisão judicial, Tício se prostra em frente à casa da sua companheira, à noite, com uma faca, do tipo peixeira, senta-se no meio-fio, puxa a sua arma e em frente à casa da vítima começa a riscar o chão, como se estivesse afiando a sua faca, tudo isso na presença da sua esposa e filha, que atemorizadas acompanham a cena da janela. Ora, segundo o entendimento do STJ tal conduta é atípica. Assim, independente do temor causado às vítimas, as quais receiam, inclusive, sair de casa (com toda razão, inclusive), a esposa não poderá chamar a polícia, já que não estaríamos diante de fato típico. O Sr. Tício, por seu turno, mesmo que a polícia vá ao local, não poderá ser preso em flagrante delito, pois sua conduta, segundo o STJ, é atípica. Ou seja, a esposa terá que esperar o Sr. Tício resolver ir embora, de livre e espontânea vontade, para então procurar o Fórum, já que Tício não poderá ser preso em flagrante, enquanto riscava a faca em frente à casa da vítima, para, somente então, noticiar o descumprimento da medida protetiva. Não poderá, nem mesmo, procurar a Delegacia, já que não se trata de crime, segundo o STJ. Aí, noticiando o descumprimento, o MP terá que representar contra o acusado, requerendo a aplicação de multa a, na maioria das vezes, um miserável. Esta, inclusive, seria a única “punição” para Tício, já que prisão cautelar não é punição, muito menos sanção, é medida acautelatória processual penal. Ademais, como visto acima, a multa também não tem caráter punitivo.

O entendimento do STJ, além de não possuir nenhum embasamento jurídico, é absolutamente violador do princípio da proibição à proteção deficiente. A mulher, vítima de violência doméstica, é abandonada à própria sorte pelo STJ. Não bastasse isso (o que já é muito), o entendimento do STJ vulnera frontalmente a própria Lei Maria da Penha. O artigo 10 da Lei Maria da Penha prevê que:

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotar, de imediato, as providências legais cabíveis. Parágrafo único. aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Ora, não poderia ser diferente. Uma mulher vítima de violência doméstica deve ser salva antes de ser morta. O parágrafo único do art. 10 da Lei Maria da Penha prevê expressamente: “aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida”, e o caput do art. 10 informa: “na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotar, de imediato, as providências legais cabíveis”. Assim, prevalecendo a tese do STJ, que não é unânime, muito menos se consolidou, já que existem dissonâncias no próprio STJ, abaixo citadas, e o STF ainda não se manifestou, de atipicidade da conduta, faremos letra morta do art. 10 da Lei Maria da Penha (quicá, faremos também vítima morta). Quanto à vedação à proteção deficiente, algumas considerações ainda são necessárias.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, nesta senda, já reconheceu que o princípio da proporcionalidade encerra dois parâmetros de interpretação, pois os direitos fundamentais não configuram apenas mandamentos de garantias contra excessos do Estado, mas também trazem no seu núcleo material a necessidade de que o Estado tenha uma atuação mínima a garantir a sua tutela efetiva (princípio da proibição da proteção deficiente). Analisar os direitos fundamentais apenas sob o prisma da proibição do excesso é fazer um análise caolha. Assim é que, na ponderação de valores constitucionalmente equivalentes e em conflito em determinado caso concreto, o STF já se utilizou dos balizamentos da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente na busca da tutela mais adequada para o resguardo dos direitos fundamentais. Vejamos, a esse respeito, um julgado do STF:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote) - HC 104410/RS - Segunda Turma; Rel. Min. Gilmar Mendes; julgado em 06.03.2012.

Vejamos também os escólio de BARROS:

O princípio da proibição de proteção penal deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente, no caso em comento, o princípio *nemo inauditus damnari potest*, protege o acusado, mas a sociedade não pode ficar desprotegida, portanto, o Estado tem que ter mecanismos de tutela eficaz, incluindo-se os de natureza penal<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de Processo Penal para Concursos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014,

O próprio STF já aplicou o princípio da proibição à proteção deficiente em julgado relativo à violência de gênero. Nos julgamentos da ADI n. 4.424/DF e ADC n. 19/DF assim fora consignado: Joaquim Barbosa, em seu voto, reconheceu expressamente a aplicabilidade da vedação à Proteção Deficiente na senda da violência de gênero, afirmando que: “quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração dados sociais, rever as políticas de proteção”. Rosa Weber, neste mesmo julgamento, afirmou que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação penal se revela como atentatório à dignidade da pessoa humana: “tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.” Ou seja, seria deferir à mulher uma proteção deficiente, o que não seria tolerado.

Desde a edição da Lei Maria da Penha diversas interpretações jurídicas têm surgido no sentido, aparentemente, de tentar reduzir o número de ações judiciais em trâmite perante o Judiciário nacional, de processos criminais atinentes a delitos praticados no ambiente doméstico contra a mulher.

O Judiciário nacional se habituou a ver, antes da edição da Lei Maria da Penha, 90% (noventa por cento) dos processos criminais atinentes a crimes praticados no ambiente doméstico contra a mulher serem extintos na malfadada “audiência preliminar”, em nosso sentir absolutamente inconstitucional. A estatística supra é confirmada por pesquisa. Vejamos:

Professora Stela Cavalcanti – “Esse arquivamento (ou desistência da vítima) em geral, era induzido pelo magistrado ou conciliador, através da insistência feita à vítima de aceitar o compromisso (verbal e não expresso) do agressor de não cometer mais o ato violento. (...) Em 90% dos casos os processos eram arquivados. (...) Nota de rodapé – Nos juizados em Porto Alegre a conciliação renunciatória tem sido de 90% conforme dados obtidos na pesquisa já mencionada. CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Criminais e seu déficit teórico.”<sup>19</sup>.

Assim, por mais que a Lei Maria da Penha diga expressamente que não se aplica a Lei 9.099/95 aos casos àquela submetidos, muitos ainda insistem em oferecer transação penal. Começa a crescer também corrente que defende a aplicação da suspensão condicional do processo a esses casos. Muitos ainda insistem em designar a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha como se esta fosse de ocorrência obrigatória, independentemente de a mulher ter manifestado ou não desejo de se retratar, até mesmo em casos de lesões corporais leves. Tudo isso, aparentemente, no intuito de se reduzir o número de demandas em curso no Judiciário, já que antes tínhamos a extinção de 90% dos casos e agora temos esses processos “abarrotoando” ainda mais a Justiça. Não bastassem todos sofrimentos e humilhações impingidos às mulheres no Brasil, toda a discriminação a elas direcionada, agora as mulheres terão que carregar também, sobre os seus ombros, a pecha de levarem à falência a Justiça Penal brasileira. Não nos parece justo. Essa culpa não poderá recair sobre as mulheres vítimas. Elas merecem proteção e não vitimização secundária e violência institucional. É preciso lembrar que, segundo o IPEA, “2.1 milhões de mulheres são espancadas por ano no país, 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minutos – uma a cada 15 segundos”.

Segundo pesquisa do Senado, uma mulher é morta a cada duas horas no Brasil<sup>20</sup>. Ou seja, a lógica da Lei Maria da Penha é tratar com mais rigor casos supostamente menos graves para evitar a reiteração delitiva e a ocorrência de crimes ainda mais gravosos. Os crimes domésticos têm esse fator específico: a reincidência é grande porque vítima e agressor, mesmo que separados, têm contatos recorrentes, seja em razão dos filhos, seja em razão da burocracia estatal para a partilha dos bens, etc.

A Lei Maria da Penha e os seus estudiosos sabem que não é a Justiça Penal, sozinha, que resolverá o problema desta criminalidade específica, tanto que na norma citada somente existem dois ou três dispositivos penais propriamente ditos (todos os outros buscam a solução holística do problema, seja na área da educação, seja na área do tratamento para o agressor, do atendimento para a ofendida, etc), mas o Judiciário tem papel importante e fundamental, de evitar a reiteração delitiva de gravidade crescente, bem como de responsabilizar o agressor pela sua conduta. Parece-nos que o STJ ignorou tudo isso ao entender que o descumprimento de medida protetiva de urgência é fato atípico penalmente.

Uma outra questão ainda me parece fundamental: A AMAB, Associação dos Magistrados da Bahia, recentemente lançou uma campanha, à qual aderimos completamente, de valorização dos Magistrados e do Poder Judiciário baiano. A campanha foi assim divulgada:

**A JUSTIÇA QUE ATENDE A VOCÊ, CIDADÃO, EXIGE ATENÇÃO!** Os juízes têm a missão de garantir que os direitos sejam respeitados. Para isso, eles dedicam o seu tempo, energia, conhecimento, sensibilidade. Os juízes correm riscos, enfrentam pressões e trabalham com afinco e imparcialidade, para resolver conflitos que aumentam a cada dia. A verdade é que, cedo ou tarde, você, como tantas outras pessoas, pode precisar da decisão de um juiz. Qual poderá ser a sua necessidade? Saúde, educação, liberdade, patrimônio, dignidade, vida? Cada pedido formulado faz funcionar uma grande oficina de ideias e ações que se encontra sobrecarregada, preste a parar de

p.187 (no prelo).

<sup>19</sup> CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha*, n. 11.340/06. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012. p. 198.

<sup>20</sup> <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/20/uma-mulher-e-morta-a-cada-duas-horas-no-brasil>

funcionar. São quase 2 milhões de processos para pouco mais de 580 juizes, na Bahia. (...) FALTAM JUÍZES: São cerca de 4 magistrados para cada 100.000 habitantes na Bahia. A ONU estabelece a média de 400 processos por ano para cada juiz. (...) Não bastam caneta, conhecimento e amor pela missão. Os juizes precisam de ferramentas para prestar a você, cidadão, uma justiça mais rápida, acessível e justa!<sup>21</sup>

A valorização é, sem dúvida nenhuma, um ato externo. Ou seja, o Judiciário precisa ser valorizado por todos, já que é a última trincheira do cidadão perante o abuso estatal, por vezes até mesmo praticado pelo MP. Todavia, a valorização é também um ato interno, que deve partir do próprio Judiciário. Neste particular, nos parece que o entendimento do STJ é um posicionamento desprestigiado em relação ao ato mais importante do Magistrado, que é uma decisão judicial. Ora, me parece anacrônico constituir crime o descumprimento de ordem legal de um agente de trânsito ou de um oficial de justiça e ser fato atípico o descumprimento de uma determinação judicial expressa.

## 2.2 - Descumprimento de medidas protetivas de urgência como fato típico: artigo 359 do Código Penal.

Todavia, independentemente da discussão acima, entendemos que o descumprimento de medidas protetivas de urgência constitui crime sim, proscrito no artigo 359 do Código Penal, existindo, inclusive, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça neste mesmo sentido. O STJ, também em decisão recentíssima, afirmou que o descumprimento de medidas protetivas de urgência fixadas pelo juízo não caracteriza o crime previsto no art. 330 do CPB, e sim o delito previsto no art. 359 do Código Penal. Vejamos a recente decisão do STJ, *in verbis*: “STJ - HC 220392/RJ - Rel. Ministro JORGE MUSSI - QUINTA TURMA - DJe 10/03/2014 – Ementa: DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/2006. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 330 DO ESTATUTO REPRESSIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCIDÊNCIA DO TIPO ESPECÍFICO DISPOSTO NO ARTIGO 359. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Da leitura do artigo 359 do Código Penal, constata-se que nele incide todo aquele que desobedece decisão judicial que suspende ou priva o agente do exercício de função, atividade, direito ou múnus. 2. A decisão judicial a que se refere o dispositivo em comento não precisa estar acobertada pela coisa julgada, tampouco se exige que tenha cunho criminal, bastando que imponha a suspensão ou a privação de alguma função, atividade, direito ou múnus. Doutrina. 3. A desobediência à ordem de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, de afastamento do lar, da proibição de aproximação ou contato com a ofendida, bem como de frequentar determinados lugares, constantes do artigo 22 da lei 11.340/2006, se enquadra com perfeição ao tipo penal do artigo 359 do Estatuto repressivo, uma vez que trata-se de determinação judicial que suspende ou priva o agente do exercício de alguns de seus direitos”.

O tipo penal do art. 359 do CPB assim prescreve:

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito - Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Ora, as medidas protetivas são justamente suspensões judiciais do direito do agressor de livre locomoção, de portar armas, de livre comunicação e manifestação. Assim, por mais que o Ministério Público tenha oferecido Denúncia fazendo referência ao art. 330 do CPB, sabe-se que o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação jurídica proposta na Peça Acusatória, vez que em relação a esta (capitulação) existe um instituto jurídico à disposição do magistrado, que é o *emendatio libelli*. Assim, não seria o caso de rejeição da denúncia, por atipicidade da conduta, e sim de, ao final do processo, aplicar-se o *emendatio libelli*. O art. 383 do CPP assim dispõe: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)”. Não se trata, pois, de hipótese de rejeição da inicial, muito menos de atipicidade da conduta.

## 3 – Conclusão e Proposta de enunciado:

Segundo o Ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia, o Dr. Wellington César Lima e Silva, em palestra proferida na FESMIP – MP Ba, há mais de 06 anos, a correta tipificação de uma conduta poderia ser comparada à tentativa de sintonização perfeita de uma emissora de rádio em um aparelho analógico. O ouvinte, almejando escutar a emissora com clareza e sem ruídos, deslocaria lentamente o “dial” do aparelho do seu rádio até encontrar a sintonia fina. A metáfora não poderia ser mais perfeita, apesar de revelar a idade de quem a compreende, em plena era digital. A tipificação não é um juízo pronto e acabado, definitivo. A correta tipificação de uma conduta é uma busca, que nesse caso desagua no art. 359 do Código Penal, apesar da jurisprudência do STJ estar, aparentemente, se consolidando noutro sentido. Todavia, tal entendimento do STJ, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, como visto acima, não se compatibiliza com a

<sup>21</sup> <http://www.amab.com.br/images/panfleto.pdf>.

legislação e princiologia penal, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006. Ademais, a sintonia fina da tipicidade penal indica a ocorrência do crime previsto no art. 359 do CPB. Em sendo crime, possível é a prisão em flagrante.

### 3.1 – Proposta de enunciado:

“O descumprimento de medidas protetivas de urgência, previstas nas Lei Maria da Penha, caracteriza crime. Entendimento em sentido contrário, além de vulnerar o princípio da vedação à proteção deficiente, não se compatibiliza com a legislação e princiologia penal, muito menos com os ditames da Lei 11.340/2006”.

### 4 – Bibliografia:

- 4.1 - BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de Processo Penal para Concursos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- 4.2 - BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. vol. 04. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 4.3 - CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha*, n. 11.340/06. 4a ed. Salvador: JusPodvim, 2012.
- 4.4 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. Salvador: JusPodvim, 2007.
- 4.5 - FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 4.6 - FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Julgar ou gerenciar?* Editorial do periódico Folha de São Paulo: disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>
- 4.7 - GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Admsintrativa*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 4.8 - GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- 4.8 - LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- 4.9 - SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- 4.10 - SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. Fonte: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)
- 4.11 - STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- 4.12 - STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leionel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.
- 4.13 - SUASSUNA, Ariano. *O Santo e a Porca*. 29a ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2014.

# ***A NATUREZA SUBJETIVA E OBJETIVA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO***

*YTHALO FROTA LOUREIRO*

O Femicídio de Natureza objetiva ocorre quando envolve Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e o Femicídio de Natureza Subjetiva, quando envolve menosprezo ou discriminação à condição de Mulher. Somente o Femicídio de Natureza subjetiva é incompatível com o Homicídio privilegiado.

Título: A natureza subjetiva e objetiva da qualificadora do feminicídio

Nome do autor: Ythalo Frota Loureiro. 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 Lei 13.104, de 9 de março de 2015, alterou a legislação brasileira para introduzir o *feminicídio*, tipo penal previsto como circunstância qualificadora do crime de homicídio, quando praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 121, §2º, inciso VI, do Código Penal – CP). Em consequência, é definido como crime hediondo (art. 1º, inciso I, da Lei 8.072, de 1990, alterada pela Lei 13.104, de 2015). O feminicídio ocorre quando o crime envolve violência doméstica e familiar; ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, §2º-A, do CP). A Lei 13.104, de 2015, ainda estabeleceu aumento de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado 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).

Segundo a Justificativa do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 292, de 2013, sob a relatoria da Senadora GLEISI HOFFMANN, a criação do novo tipo penal teve como objetivo assegurar que o homicídio praticado contra a mulher por razões de gênero fosse considerado *crime de Estado*, visando impedir o surgimento de interpretações jurídicas anacrônicas e inaceitáveis, tais como as que reconhecem a violência contra a mulher como “crime passional”. Assim, o feminicídio seria sempre uma circunstância independente dos *motivos* (torpe ou fútil), dos *meios* (com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar em perigo comum), dos *modos* (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido), e dos *fins* (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) (art. 121, §2º, incisos I, II, III, IV e V, do CP).

Podem ser definidas como circunstâncias de natureza *subjetiva* as qualificadoras previstas nos incisos I, II e V do §2º, do art. 121, do CP (motivos e fins). Por sua vez, as qualificadoras de natureza *objetiva* são as previstas nos incisos III e IV do §2º, do art. 121, do CP (meios e modos). O feminicídio parece não integrar o subsistema tradicionalmente estabelecido no §2º, do art. 121, do CP. O feminicídio é mais familiar ao sistema de proteção previsto na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com o mesmo objetivo de agravar a pena quando crime é praticado contra uma certa categoria de pessoas, a Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, estabeleceu mais uma qualificadora ao crime de homicídio, quando crime é praticado “[...] contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela [...]” (art. 121, §2º, inciso VII, do CP). Esta qualificadora, que visa dar maior proteção aos policiais e seus parentes mais próximos, é nitidamente de natureza *objetiva*. A mesma facilidade não encontramos para desvendar a natureza jurídica do feminicídio, se *subjetiva* ou *objetiva*.

## II. Circunstâncias *subjetivas* e *objetivas* e os tipos de homicídio.

Como ressalta BETTIOL, o art. 70, do Código Penal italiano descreve as circunstâncias *objetivas* e *subjetivas* nos seguintes moldes:

“[...] para os efeitos da lei penal: 1) são circunstâncias objetivas as que concernem à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a qualquer outra modalidade de ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou às condições ou qualidades pessoais do ofendido; 2) são circunstâncias subjetivas as que concernem à intensidade do dolo ou do grau da culpa, ou às condições e qualidades do culpado,

ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou àquelas inerentes à pessoa do culpado” (BETTIOL, 2000, pág. 448)

Como ensina FRAGOSO:

“As circunstâncias classificam-se em *subjetivas* e *objetivas*. As circunstâncias subjetivas ou pessoais são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais co-autores ou partícipes. As circunstâncias objetivas relacionam-se com os meios e modos de execução, o tempo, o lugar e a ocasião, a situação ou a condição pessoal da vítima e o objeto material do crime. Essa distinção entre circunstâncias subjetivas e objetivas é fundamental. Só as primeiras se comunicam aos partícipes (art. 30, CP)” (FRAGOSO, 1987, pág. 343).

Da mesma forma, ensina DAMÁSIO DE JESUS:

“Circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidade da vítima. Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito à pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, com os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.” (DAMÁSIO DE JESUS, 1998, pág. 59)

A partir desta classificação, pode-se deduzir a natureza jurídica dos tipos de homicídio doloso, em que haja circunstâncias judiciais além do núcleo central do tipo penal doloso previsto no art. 121, do CP, “matar alguém”, ou seja, homicídio privilegiado e homicídio qualificado.

O homicídio privilegiado ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. O homicídio privilegiado é enquadrado como crime de natureza subjetiva.

Torpe, motivo que qualifica o crime de homicídio (art. 121, §2º, inciso I, do CP), significa procedimento ignóbil, vergonhoso, repugnante sórdido, crime praticado por sujeitos não capacitados a viver uma sociedade harmônica. FEU ROSA define como motivo torpe “aquele que se contrapõe ostensivamente às mínimas regras éticas e morais da sociedade, que afronte os bons costumes, que imprime ao crime, além do aspecto reprovável normal, o caráter de baixa e indignidade” (1995, pág. 74). Para DAMÁSIO DE JESUS “motivo torpe é o moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito. Torpe é o motivo abjeto, desprezível.” (1998, pag. 67). Para NUCCI, “torpe é atributo do que é repugnante, indecente, ignóbil, logo, provocador de excessiva repulsa na sociedade”. (2015, pág. 617). Já o art. 121, §2º, inciso II, do CP prevê a qualificadora do motivo fútil, sinônimo de banal, insignificante, frívolo, sem importância, sem valor. Para HUNGRIA, fútil é o motivo que, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime. Ele traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral” (1953, pág. 41). NUCCI ensina que fútil “[...] significa que a causa fomentadora da eliminação da vida alheia calcou-se em elemento insignificante se comparado ao resultado provocado [...] é a flagrante desproporção entre o motivo e o resultado obtido” (2015, pág. 617). Enfim, nas definições doutrinárias têm-se o motivo torpe como o moralmente reprovável, abjeto, desprezível, repugnante; e, por motivo fútil, aquele que é insignificante, irrelevante ou banal. Para evitar a confusão entre os conceitos, é preciso considerar, por interpretação analógica, que o motivo torpe é aquele motivado por sentimentos mercenários, como é a paga ou a promessa de recompensa. Os motivos torpe e fútil são circunstâncias qualificadoras de natureza subjetiva. Do mesmo modo, a qualificadora do art. 121, §2º, inciso V, do CP (homicídio qualificado quando cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) é de natureza subjetiva, eis que ligada aos motivos determinantes.

A qualificadora do art. 121, §2º, inciso III, do CP (homicídio qualificado cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum) é nitidamente de natureza objetiva, eis que se relaciona aos meios e modos de execução. Da mesma

forma, é de natureza objetiva, pelos modos de execução, o homicídio qualificado cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (art. 121, §2º, inciso IV, do CP).

O homicídio qualificado de natureza subjetiva é incompatível com o homicídio privilegiado, consoante a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 98265, DJe 13/05/2010) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 199.602, DJe 24/03/2014 e HC 171.652, DJe 23/10/2012), a ver:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)” (HC 98265, Relator Ministro AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2010, DJe de 13/05/2010)

“Inexiste incompatibilidade entre a qualificadora do delito de homicídio e o privilégio, eis que a primeira é de natureza objetiva, pertinente ao modo empregado para a consecução do delito, e a causa de diminuição de pena possui caráter subjetivo.” (HC 199.602/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe de 24/03/2014).

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiterado entendimento no sentido de que há compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do § 1.º do art. 121 do Código Penal, que, por sua vez, têm natureza subjetiva.” (HC 171.652/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe de 23/10/2012)

Assim, definir a natureza jurídica do feminicídio é importante para fins de compatibilizar ou não com o homicídio privilegiado.

### **III – Conceito de feminicídio e suas peculiaridades**

O feminicídio lida com questões de natureza familiar e doméstica e de misoginia (ódio, desprezo ou repulsa ao gênero feminino). Homicídio de mulheres e feminicídio não integram o mesmo conceito. O feminicídio resulta da ideologia de que o machismo e o poder se sobressaem como instrumentos de dominação e de subjugação. Trata-se de um crime de ódio, semelhante ao racismo e ao genocídio, crimes que se dirigem a categorias com método despersonalizado. O feminicídio é praticado por impotência, ciúme, egocentrismo, possessividade, prepotência e até vaidade. Como ensinam ELUF e LYRA:

“Em uma primeira análise, superficial e equivocada, poderia parecer que a paixão, decorrente do amor, tornaria nobre a conduta do homicida, que teria matado por não suportar a perda de seu objeto de desejo ou para lavar sua honra ultrajada. No entanto, a paixão que move a conduta criminoso não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor” (ELUF, 2014, pág. 157).

“O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins de responsabilidade, a lei considera



apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos (LYRA, 1975, pág. 97)”.

As taxas de homicídios contra mulheres colocam o Brasil como o 7º país do Mundo que mais mata mulheres, no contexto dos 84 países do Mundo com dados homogêneos da Organização Mundial da Saúde – OMS, compreendidos entre 2006 e 2010 (WAISELFISZ, 2012, pág. 16). Conforme a pesquisa, em 1980, ocorreram 1.353 *homicídios femininos* com taxa de 2,3 casos em 100 mil mulheres. Já em 2010, foram contabilizados 4.465 homicídios femininos, com taxa de 4,6 casos em 100 mil mulheres. Assim, comprova-se um aumento significativo de homicídios femininos. Conforme explica WAISELFISZ:

“Nos 30 anos decorridos entre 1980 e 2010 foram assassinadas no país acima de 92 mil mulheres, 43,7 mil só na última década. O número de mortes nesse período passou de 1.353 para 4.465, que representa um aumento de 230%, mais que triplicando o quantitativo de mulheres vítimas de assassinato no país.” (WAISELFISZ, 2012, pág. 8)

Ainda segundo dados coletados por WAISELFISZ, os 68,8% feminicídios ocorrem eminentemente na esfera doméstica, em que a agressão aconteceu na residência da vítima. Na faixa etária da vítima de 20 aos 49 anos, 65% das agressões tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro da mulher (WAISELFISZ, 2012, pág. 26). Esta realidade impacta na percepção do público sobre violência e assassinato de mulheres, conforme pesquisa realizada pelo Data Popular e pelo Instituto Patrícia Galvão, em 2013: 7 em cada 10 entrevistados acreditam que a mulher sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos; 69% acreditam que a violência contra a mulher não ocorre apenas em famílias pobres; e 85% concordam que as mulheres que denunciam seus parceiros correm mais risco de sofrer assassinatos; apenas 17% concordam com a ideia que “mulher que apanha é porque provoca”; 86% concordam que “quem ama não bate”; 92% concordam que quando as agressões contra a esposa/companheira ocorrem com frequência, podem terminar em assassinato; 88% consideram que os assassinatos de mulheres por parceiros aumentaram nos últimos 5 anos; e 85% consideram que a Justiça não pune adequadamente os assassinos das parceiras. (PERCEPÇÃO..., 2013, págs. 4, 34 e 50).

Durante o inquérito policial e processo judicial, não são comuns informações sobre o ciclo da violência doméstica. Normalmente, os crimes de tentativa de homicídio são desclassificados para lesões corporais. É recorrente o esquecimento da inclusão da agravante do art. 61, inciso II, letra f”, do CP, ou seja, “ter o agente cometido o crime com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”. Os processos dão uma especial atenção ao comportamento da vítima. Os meio preponderantes são armas brancas e armas de fogo, em quase igual proporção. As penas usuais para crimes consumados variam entre 12 e 18 anos e para os crimes tentados, entre 6 e 8 anos. O sistema de justiça é refratário quanto ao reconhecimento do feminicídio, retratando os crimes como se fossem situações particulares de acusados e vítimas e não como um crime de Estado (A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FATAL..., 2015, págs. 53-57). Apesar disso, a orientação do Supremo Tribunal Federal é tratar o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher como crime de natureza pública e incondicional, do qual não depende da representação da vítima, a ver:

“Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. [...] Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais

agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima. Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua. Consubstanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos. [...] No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. [...] No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. [...] Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito. [...] Procede às inteiras o pedido formulado pelo PGR, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. [...] Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino.” (ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012, Plenário, DJE de 01/08/2014)

A violência doméstica e familiar é circunstância de natureza objetiva, pois diz respeito a *situação ou condição pessoal da vítima*, conforme estabelecido pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006). A violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, contra mulher pode ocorrer, no âmbito da unidade doméstica (espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregadas); no âmbito da família (comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa); e em qualquer relação íntima de afeto (na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação), independentemente da orientação sexual das pessoas mencionadas (art. 5º, da Lei nº 11.340, de 2006). Tratam-se de circunstâncias de natureza objetiva que podem ser comunicadas a terceiro, no concurso de agentes.

Por sua vez, a misoginia, entendida como “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, é nitidamente circunstância de natureza subjetiva, pois diz respeito aos *motivos determinantes*. Caso um terceiro concorra, de qualquer forma, para o crime de feminicídio, praticado por pessoa que sinta ódio, desprezo ou repulsa ao gênero feminino, não pode ser enquadrado como autor de crime de *feminicídio*, a não ser que o terceiro também tenha se motivado do mesmo modo. O desafio não é negar o seu caráter subjetivo, mas sim, repelir a ideia que a misoginia é um valor social e moral aceitável. É preciso fazer com que os operadores do Direito e os jurados do Tribunal do Júri compreendam que as razões de gênero não são particulares, mas assumidas de maneira individual pelo agressor em um contexto de violência estrutural e institucionalizada. Não há dúvidas de que o feminicídio, na sua modalidade subjetiva, também decorre de relações de poder desiguais entre os sexos, em que o sexo feminino é o gênero em estado de vulnerabilidade.

Os motivos do crime geralmente possuem relacionamento estreito com a circunstância de violência doméstica e familiar contra a mulher e com o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas não podem ser confundidos. É plenamente possível separar a categoria *motivo* da categoria *feminicídio*. Pode haver *motivo* para assassinar uma mulher, fora do contexto de violência doméstica ou familiar contra mulher ou fora do contexto de *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*. Os motivos injusto, torpe e fútil podem coexistir com o feminicídio. Certo que o agente não pode ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos. O motivo e o feminicídio devem ser circunstâncias que qualificam o crime de homicídio por fatos diferentes. Por exemplo, o acusado pode matar porque sua esposa não fritou um ovo da forma desejada pelo agente (motivo fútil) e assim proceder em circunstância de violência doméstica ou familiar (violência física contra a mulher, no âmbito da unidade doméstica). De outra forma, o agente pode matar uma funcionária da mesma empresa em que trabalha porque foi preterido em uma promoção pela colega de trabalho (motivo torpe) e ao mesmo tempo ter o agressor comentado com amigos e outros funcionários que nenhuma mulher deveria trabalhar fora de casa (menosprezo ou discriminação à condição de mulher).

Não seria incomum ocorrer caso de *feminicídio de natureza objetiva-subjetiva*, em que o agente comete o delito no contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher e, ao mesmo, tempo, pratica o crime por misoginia, no contexto de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Neste caso, deve prevalecer o *aspecto objetivo* da qualificadora, eis que é finalidade da lei proteger melhor a mulher contra a violência de gênero. O art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942) reza que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” O art. 5º, do mesmo decreto-lei, prescreve que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Assim, transgrediria a lei interpretação em que o agente pudesse ser beneficiado com a própria vileza. No caso de *feminicídio de natureza objetiva-subjetiva*, não há incompatibilidade com o homicídio privilegiado.

Vale ressaltar que não será necessário formular quesitos aos jurados quanto ao conteúdo do feminicídio, conforme previsto no art. 121, §2º-A, do CP. A resposta ao quesito do feminicídio já assegura que os jurados admitam ou rejeitem a qualificadora do feminicídio.

### III. Conclusão objetiva.

O *feminicídio*, previsto como qualificadora do crime de homicídio (art. 121, §2º, inciso VI, do Código Penal – CP), possui natureza objetiva quando envolve violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 121, §2º-A, inciso I, do CP); e possui natureza subjetiva quando envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, §2º-A, inciso II, do CP). Assim, existem dois tipos de feminicídio: *feminicídio de natureza objetiva* e *feminicídio de natureza subjetiva*. Os motivos do crime de homicídio (injusto, torpe ou fútil) podem coexistir de forma independente à qualificadora do *feminicídio*. O homicídio privilegiado (art. 121, §1º, do CP) somente pode coexistir com o *feminicídio de natureza objetiva* ou de *natureza objetiva-subjetiva*, visando preservar os fins sociais a que lei se dirige e às exigências do bem comum, sendo incompatível com o *feminicídio de natureza exclusivamente subjetiva*.

#### IV. Proposta de enunciado:

O *feminicídio de natureza objetiva* ocorre quando envolve violência doméstica e familiar contra a mulher; e o *feminicídio de natureza subjetiva*, quando envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Somente o *feminicídio de natureza subjetiva* é incompatível com o *homicídio privilegiado*.

#### V. Referências.

**A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FATAL: o problema do feminicídio íntimo no Brasil.** Realização Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV DIREITO SP, 2015. <[http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_feminicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal.** Campinas: Red Livros, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral.** 11ª ed., rev., por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus.** São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: 2º volume – parte especial.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal: Vol. V (arts. 121 a 136).** 2ª ed. rev., 1953.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar.** Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1975.

**PERCEPÇÃO da sociedade violência e assassinatos de mulheres.** Realização Data Popular / Instituto Patrícia Galvão. 2013. <[http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro\\_pesquisa\\_violencia.pdf](http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf)>. Data de acesso: 27/07/2015.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012 atualização: homicídio de mulheres no Brasil.** Agosto de 2012. <[http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_atual\\_mulheres.pdf](http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf)>. Data de acesso: 27/07/2015.

#### Legislação

BRASIL. **Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Código Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072compilada.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

BRASIL. **Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm)>. Data de acesso: 27/07/2015.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado, nº 292, de 2013.** <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=113728](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113728)>. Data de acesso: 27/07/2015.

#### *Jurisprudência*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 171.652/SP**, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe de 23/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 199.602/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe de 24/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.424**, voto do rel. min. **Marco Aurélio**, julgamento em 9-2-2012, Plenário, *DJE* de 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98265**, Relator Ministro AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2010, DJe de 13/05/2010.

# **CRIMES LICITATÓRIOS E ATIVIDADE EMPRESARIAL: REVISÃO DAS PENAS COMO PARTE DO PROGRAMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO LATO SENSU NO BRASIL**

*MATEUS EDUARDO BERTONCINI  
FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI*

Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas, inclusive no que tange ao aperfeiçoamento do sistema jurídico, porquanto em muitas situações ele não se apresenta eficaz para os fins que deveria colimar, quebrando com a máxima popular de que “o Brasil possui leis suficientes, o que falta é a sua aplicação”. Nessa perspectiva, a tese propõe-se a discutir o modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, porquanto no mencionado diploma legislativo não há a previsão da participação do Ministério Público nesse tipo de acordo, seja como proponente seja como fiscal da lei, omissão incompatível com o perfil constitucional e legal da Instituição. Cuida a tese também, das hipóteses de acordo de leniência autorizadas pelo artigo 17 da Lei 12.846/2013, que não se harmonizam com a natureza do instituto, consoante revelado no corpo do artigo. Por fim, discute-se a omissão legislativa referente à não consideração no acordo de leniência das pessoas físicas envolvidas com a prática dos atos lesivos, o que, como se pretende demonstrar, frustra as finalidades da avença e inibe os seus efeitos práticos de combate à corrupção.

**Crimes licitatórios e atividade empresarial: revisão das penas como parte do programa de combate à corrupção *lato sensu* no Brasil**

Fábio André Guaragni<sup>1</sup>  
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini<sup>2</sup>

**1. Introdução**

Neste momento e há mais de ano, o país assiste, perplexo, aos desdobramentos da Operação Lava-Jato. Ultrapassado o primeiro semestre de 2015, o catálogo de novos crimes trazidos à luz nunca se esgota; antes, parece tender à infinitude. Revela que um setor negocial inteiro – o das construtoras, representado pelas maiores empreiteiras do país, em seus contratos com empresas públicas e sociedades de economia mista – fazia da prática cotidiana de crimes rotina de gestão. Noutros termos, a ilicitude era modelo de atuação empresarial, integrada aos atos de gerência. O noticiário de crimes escancara os efeitos “de ressaca” e “de espiral”, típicos dos crimes econômicos, e há muito apontados por BAJO FERNANDEZ:

“...em um mercado de forte competição, a deslealdade na competição se produz quando se esgotaram as possibilidades legais de luta. Nesta situação, quem primeiro delinque pressiona o resto à comissão de novos fatos delitivos (efeito de ressaca), e cada participante se converte assim em eixo de uma nova ressaca (efeito de espiral).”<sup>3</sup>

Os efeitos de ressaca e espiral, apontados nas pesquisas criminológicas ligadas à delinquência econômica, alteram a tradicional afirmação de que em tais delitos somente há lesão para a administração pública. Praticados em verdadeira escala industrial, os crimes de corrupção *lato sensu*, como fraude em licitações, concessão de vantagens no curso de contratos com o poder público, ofendem a ordem econômica: levam ao oligopólio ou monopólio da atividade econômica de fornecimento de produtos e serviços ao grande comprador que é o Estado, ferindo a livre concorrência, pelo afastamento dos competidores honestos. Mais: a mesma diminuição de fornecedores gera restrição de mercado, impedindo a oferta de empregos, com lesão à organização do trabalho. Por fim, a mencionada restrição de mercado impacta na redução de oferta de produtos e serviços não só para o Estado, enquanto consumidor final, mas para todos os demais consumidores potenciais. Atingem-se as relações de consumo, com visíveis prejuízos ao polo vulnerável do consumidor.

Assim, os episódios desvelados pela Operação Lava jato constituem autêntica catástrofe, cicatrizando o curso da história nacional. E, justamente por revelarem-se como catástrofe, estas prática epidêmicas de corrupção trazidas à luz evidenciam a necessidade do câmbio, da mudança de rumo: não se trata só de justificar criminosos; antes, devemos acionar outras instâncias, implicando-as no combate à corrupção *lato sensu*. A manter-se o quadro, o brasileiro, privado de serviços públicos minimamente qualificados, continuará a viver uma existência punida. Calha ver a origem da palavra catástrofe:

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direitos das Relações Sociais pela UFPR, com estágio Pós-Doutoral pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Penal e Direito Penal Econômico do UNICURITIBA (Mestrado, Especialização e Graduação), da FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná, da ESMAFE- Escola da Magistratura Federal do Paraná e LFG – Anhanguera.

<sup>2</sup> Procurador de Justiça no Estado do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e Coordenador da FEMPAR. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”.

<sup>3</sup> BAJO FERNANDEZ, Miguel. “La delincuencia economica”. In *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 591.

“Na etimologia da catástrofe ressoa, de fato, o verbo grego *strépho* que tem, entre seus inúmeros significados, também aquele de “virar”, no sentido de “virar a barra do timão”, mudando a rota, ou de “voltar o olhar”, “girar as pupilas”, mudando o panorama. (...) Catástrofe, portanto, não significa em absoluto fim, mas mutação de forma, talvez readaptação.”<sup>4</sup>

Há premência de um projeto amplo de combate aos crimes contra a administração pública, embutidos nas licitações e contratos com o Poder Público, que *gire* o rumo do Brasil. *Strépho*. Este projeto passa pela revisão legislativa do tratamento dado aos crimes previstos na Lei 8.666/93 – Lei de Licitações, dentre outros. Nestas linhas, oferecemos a contribuição que segue.

## **II. Breve olhar sobre o horizonte do tratamento legal e jurisprudencial tangente à pena dos crimes funcionais**

Não obstante a política criminal moderna recomende a diminuição da tipificação de delitos e entenda que o aumento de penas, por si só, não seja um fator que contribua para diminuir a incidência de condutas delituosas<sup>5</sup>, é de se reconhecer que tal discurso não se aplica aos chamados “crimes do colarinho branco”<sup>6</sup> ou “crimes de rico”. De fato, tal categoria de ilícitos penais, notadamente aqueles contra a administração e/ou o patrimônio público, historicamente foram considerados crimes que servem apenas para justificar a tipificação de “delitos de pobre” ou “delitos de rua, patrimoniais”. O horizonte de punição *in concreto* inexistente para o sujeito ativo de delitos; quando algum é punido, trata-se de mero “bode expiatório”, sobre quem haverá grande repercussão midiática do exercício do poder punitivo, funcional para reafirmar a falácia de que todos são iguais perante a lei e submetem-se similarmente ao seu império. Ao reafirmar tal discurso e convencer o entorno, o poder dos detentores dos meios de produção reafirma-se e volta a utilizar o controle social jurídico-penal de forma seletiva, mediante etiquetamento (*labeling approach*)<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> TAGLIAPIETRA, Andrea. “Introduzione: La catastrofe e la filosofia”. In *Sulla catastrofe. L’illuminismo e la filosofia del disastro*. Milano: Bruno Mondadori, 2004, p. XVIII.

<sup>5</sup> Clássica crítica à teoria da prevenção geral foi formulada por ROXIN, Claus. “Sentido e limites da pena estatal”. In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: editora Vega, 1986, p. 24. Radica na ironia de que em cada novo crime, há prova de que a teoria da prevenção geral negativa não funciona, indicando que, ao delinquir, o sujeito ativo considera-se escondido do olhar do sistema penal, não sentindo a ameaça penal (a célebre coação psicológica imortalizada no pensamento de Feuerbach), de modo que o recrudescimento do montante da pena finda por não prevenir crimes. Afora isso, ROXIN aponta o defeito da teoria de levar a seguidas majorações de pena, para reforço da exemplaridade penal que, quanto aos crimes anteriores, não surtiu efeitos, dando-se uma escalada de violência na reação estatal, cuja bargagem alicerça-se no princípio da culpabilidade. Sobre a percepção de que está oculto do sistema penal, MUNOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 313: “o delinquente normalmente não se motiva pelas ameaças desta pena, mas pela ideia de quais são as possibilidades de não ser descoberto”. Aludiam, na passagem, à pena de morte.

<sup>6</sup> Expressão cunhada por EDWIN SUTHERLAND. Vide SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires/Montevidéu: 2009. Herda-se daqui a sugestão de que a criminalidade, de classes altas ou baixas (op. cit., p. 379), pode ser explicada pela *teoria da associação diferencial*. O agente, para se integrar a um grupo (por ver nisso vantagens), replica comportamentos dos membros deste grupo, lícitos ou ilícitos, diferenciando-se dos componentes de outros grupos. Trata-se de uma criminologia fundamental para revelar o crime como prática realizada por membros de todos os setores da sociedade. Cifras negras relativas aos crimes de membros de capas sociais altas e estatísticas que falseiam o fenômeno criminal em sua integralidade promovem a identificação de membros de grupos sociais menos favorecidos como os “verdadeiros criminosos”. Forjada na primeira metade do século XX, a criminologia de SUTHERLAND pauta-se pelas sociologias da produção, aspecto visível na própria ideia de associação diferencial, bastante ligada à mecânica de integração do agente a um grupo de seres humanos baseado no papel de todos enquanto agentes produtores.

<sup>7</sup> ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia. O Homem delinquent e a sociedade criminológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 49 e ss.. Quanto às razões, em modo resumido, da alta cifra



Este discurso, marcadamente presente nas várias correntes do pensamento criminológico crítico da reação social, mormente aqueles pautados por linhas ideológicas de esquerda, vem sendo gradualmente confrontado com novas práticas jurídico-penais que dirigem sua mira às capas sociais altas – mesmo às pessoas jurídicas –, com um incremento não só discursivo, mas pragmático, sobremaneira perceptível no direito penal econômico e ambiental. Os *white collar crimes* vão paulatinamente deixando de pertencer a um exclusivo universo simbólico<sup>8</sup>, em que a promessa de proteção de bens jurídicos mediante repressão e punição nunca se cumpre. Conquanto lento, este fenômeno é perceptível.

O diagnóstico criminológico crítico não perde, sem embargo, seu valor. Mostra-se bastante correto ao assinalar um atavismo patrimonialista burguês (na velha linguagem sociológica de século XIX, que assim identificou o detentor dos meios de produção e deu novo significado, algo pejorativo, à expressão que inicialmente designara o morador dos burgos de uma Europa que se urbanizava, onde capitaneou processos fabris que conjugaram capitalismo e revolução industrial) no mau vezo de prezar-se o patrimônio privado em medida maior que o público. A *res publica*, ao invés de pertencer a todos, parece ser coisa de ninguém. Por consequência, declina o interesse em protegê-la. Este é o quadro perverso que se instala.

Para se constatar tal realidade, basta evidenciar que os crimes contra a Administração Pública tipificados no Código Penal (a partir do artigo 312) têm, de regra, apenamento mínimo significativamente baixo, valendo destacar os seguintes:

- a) Art. 312 – Peculato (desvio, subtração ou apropriação de verba pública em proveito próprio ou alheio): pena mínima igual a dois anos;
- b) Art. 315 – Emprego irregular de verbas públicas: pena mínima igual a um mês;
- c) Art. 316 – Concussão (exigir vantagem para fazer ou deixar de fazer alguma coisa): pena mínima igual a dois anos;
- d) Art. 317 – Corrupção passiva (solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem para fazer ou deixar de fazer alguma coisa): pena mínima igual a dois anos;
- e) Art. 319 – Prevaricação: pena mínima igual a três meses;
- f) Art. 333 – Corrupção ativa (oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público): pena mínima igual a dois anos;
- g) Art. 337-B – Corrupção ativa internacional: pena mínima igual a um ano;
- h) Arts. 359-A a 359-H – Crimes contra as finanças públicas: penas mínimas que variam de três meses a um ano.

Enfim, como se percebe pelos exemplos acima, os apenamentos mínimos para os crimes considerados “mais graves” tipificados contra a Administração Pública no Código Penal estão entre três meses a dois anos. É da tradição jurisprudencial brasileira fixar penas partindo do patamar mínimo, notadamente quando o acusado é primário. Trata-se de procedimento correto, consentâneo com a parêmia *in dubio pro reu*, indicativa de que a ausência de prova de circunstâncias judiciais negativas impõe o patamar mínimo penal, com o contraponto de que, à medida que se faça prova de cada uma, a pena vai se deslocando do mínimo legal rumo ao máximo. Quanto aos crimes funcionais, dada justamente a dificuldade de punição desses delitos, normalmente quando um

---

negra da criminalidade de colarinho branco, v. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 101-104

<sup>8</sup> Comumente apontado na criminologia. V., por exemplo, ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia. O Homem delinquente e a sociedade criminológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997 p. 536.

processo é instaurado, o réu é primário e de bons antecedentes. Este cenário conduz à punição pela pena mínima, por conjugar-se com outro: uma má assimilação, pelos operadores do direito penal (avultando juízes e membros do Ministério Público), de que as circunstâncias judiciais de maior valor giram em torno de critérios perigosistas (como personalidade e antecedentes). Ora, as circunstâncias de maior peso devem girar – sim - em torno da culpabilidade e de um direito penal de ato, por ela norteada. Veja-se CLAUS ROXIN:

"(...) apesar da renúncia a toda retribuição, um elemento decisivo da teoria da retribuição deve passar a tomar parte também da teoria preventiva mista: o princípio da culpabilidade como meio de limitação da pena. (...) De acordo com isto, a pena tampouco pode ultrapassar em sua duração a medida da culpabilidade ainda que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação revelem como desejável uma detenção mais prolongada. (...) O princípio da culpabilidade tem, pois, uma função liberal absolutamente independente de toda retribuição, e por reforço da liberdade dos cidadãos também deveria conservar-se num direito penal moderno.

A exigência de que a pena não possa ser em nenhum caso superior à culpabilidade do autor é reconhecida hoje (...) de forma absolutamente majoritária.”<sup>9</sup>

O professor de Munique crava, aqui, seu compromisso com um direito penal de ato. De semelhante opinião, JESCHECK sustentava a culpabilidade como fundamento e medida da pena, e traçava os seguintes parâmetros para aferi-la:

"Fundamento da determinação da pena é a significação do delito para a ordem jurídica violada (conteúdo de injusto) e a gravidade do reproche que se faz ao réu pelo fato cometido (conteúdo da culpabilidade). Mas estes dois fatores, fundamentais na determinação da pena, não estão totalmente desvinculados entre si, a culpabilidade jurídico-penal vem referida ao injusto: sua extensão se determina pelo conteúdo culpável do injusto do fato. (...) Tanto o injusto como a culpabilidade entendidos como elementos materiais do delito, são conceitos graduáveis. (...) Isto significa que, dentre outras coisas, a entidade do dano, a forma de execução do fato e a comoção da paz jurídica determinam o grau de injusto do fato, tanto como a desconsideração, a premeditação, a situação de necessidade, a tentação, a juventude, os transtornos mentais ou o erro devem ser valorados para graduar a culpabilidade.”<sup>10</sup>

Com toda razão, também na literatura brasileira Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, em relação à culpabilidade, afirma:

“Esse requisito – talvez o mais importante do moderno Direito Penal – constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem objetivos ressocializadores ou de recuperação social. A culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou mediação da pena. Nessa acepção, a culpabilidade não funciona como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1.997, p. 101.

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1.207.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 553

De outra forma: os operadores centrais do direito penal descaram da melhor exegese do art. 59 caput, C.P., filtrada por uma ordem constitucional fundada no respeito à diferença. Esta ordem constitucional repele modelos de direito penal de autor, nos quais se dá maior peso a antecedentes, conduta social e personalidade, circunstâncias judiciais habitualmente favoráveis a sujeitos ativos de crimes empresariais e funcionais. O pensamento doutrinário mais respeitado em tema de teoria da pena enfatiza a culpabilidade como circunstância judicial central. Em torno dela, motivos, circunstâncias inominadas do fato, consequências e comportamento da vítima têm maior peso que as circunstâncias judiciais de direito penal de autor. Acaso fossem adequadamente valoradas, dentro de uma nova cultura de dosagem de pena, estas circunstâncias judiciais comumente implicariam em penas transcendentais aos patamares mínimos legais em crimes econômicos e funcionais, a começar pela razão singela de que nestes crimes lesam-se bens em escala supraindividual, emergindo magnitude penal naturalmente conducente a reprovações severas.

Neste horizonte de penas que giram em torno do mínimo legal em crimes econômicos e funcionais, é de se recordar que, nos termos do Código Penal, as penas aplicadas em concreto, até quatro anos, ensejam substituições por penas restritivas de direito e/ou multa (esta, frise-se, de regra, em valores irrisórios). Havendo pena mínima igual ou inferior a um ano, o processo, de regra, fica suspenso e, cumprido período de prova, dá-se a extinção da punibilidade do autor, sem julgamento do mérito do caso. *Um nolo contendere*.

Sendo assim, tanto os delitos contra a Administração Pública e as finanças públicas, bem como aqueles da Lei de Licitações, permitem, de regra, acesso aos maiores benefícios da Lei Penal, ou seja, a não aplicação da pena privativa de liberdade aos infratores. Isto estimula a prática de delitos dessa natureza, garante o posterior desfrute do patrimônio desviado por essa classe especial de criminosos, verdadeiramente letal à sociedade brasileira. Recorde-se, aqui, a histórica dificuldade de recuperação de ativos desviados dos cofres públicos, devido ao sigilo bancário e à facilidade de camuflar seu destino. Basta uma retirada em espécie na boca do caixa que não se consegue mais rastrear o destino dado ao dinheiro. Não bastasse, essa criminalidade elitizada encontra ampla facilidade de conseguir “laranjas” entre a classe mais pobre da população e, assim, pulverizar os valores desviados em pequenos depósitos bancários ou mesmo saindo fisicamente com o dinheiro do país, sem falar das inúmeras outras possibilidades concretas de lavagem de dinheiro em atividades comerciais “lícitas” (é corrente a mescla de valores lícitos e ilícitos nos fluxos de caixa). Portanto, apostar na punição patrimonial não deve ser a única alternativa de resposta do Estado.

Enfim, a nossa Lei Penal confere a esses gravíssimos delitos cometidos contra a sociedade, tratamento semelhante ao dispensado a crimes mais leves ou aos chamados delitos de menor potencial ofensivo, o que se constitui em um arrematado engano de política criminal. Nessa seara, o Direito Penal mínimo deve ceder espaço – já que não se demonstrou capaz de superar a verdadeira crise de moralidade pública que vivemos – para um Direito Penal mais eficaz e rigoroso, que acene para os potenciais criminosos do colarinho branco, não mais com o convite para o crime e o gozo efetivo de seus frutos, mas, diversamente, com a possibilidade concreta de punição, por meio da privação da liberdade.

Ainda: as habituais penas mínimas *in concreto* aplicadas favorecem recorrentemente a incidência da prescrição retroativa. Mínimos legais entre 3 meses e 2 anos balizam, pelos artigos 109 e 110, parágrafo 1º do Código Penal, combinados, extinção da punibilidade em prazos de 3 a 4 anos entre o recebimento da denúncia e a sentença. Estes lapsos são comuns entre os dois marcos interruptivos, por força da crônica carência estrutural da Justiça Brasileira e da natural morosidade da instrução processual.

### **III. O panorama da pena nos crimes previstos na Lei de Licitações e as modificações necessárias**

#### **de lege ferenda**

No tocante à Lei de Licitações 8666/93, todo o conjunto de considerações críticas agrava-se. Além de penas brandas, são de “detenção” e não “reclusão”. Este fator, até pouco tempo (reforma do CPP de 2011), impedia a prisão cautelar preventiva, pela redação velha do art. 313, I, do Código de Processo Penal. Atualmente, impede a adoção de instrumentos eficazes de investigação como a interceptação telefônica (Lei 9296/96 – art. 2º, III).

Por outro lado, mesmo com a legislação de 2011 tendo alterado o critério para prisão cautelar, vinculando-o não mais à modalidade “reclusão”, mas à cominação de penas máximas superiores a quatro anos, a maioria dos delitos da Lei de Licitações ainda não permitem a prisão cautelar, pois têm apenamento até quatro anos (há duas exceções: arts. 89 e 96). Situam-se neste contexto delitos graves, como dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses e concessão ou admissão de vantagens indevidas ao adjudicatário no curso do contrato derivado da licitação (arts. 89 e 92, respectivamente).

Essas razões levam à necessidade de propor alterações legislativas nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993. Não se trata de apelo a um direito penal máximo feito às cegas, nem se subverte a baliza principiológica da intervenção mínima: constata-se, sim, um nicho de criminalidade que simplesmente não se harmoniza com um discurso minimalista jurídico-penal. Pontuam-se as modificações necessárias:

<b>Redação atual</b>	<b>Proposta de nova redação</b>
<p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.</p>	<p><b>Art. 89. (...).</b></p> <p><b><i>Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa.</i></b></p> <p><b><i>§ 1º. As penas serão aumentadas da metade, se a dispensa ou a inexigibilidade ilícita, com o fim de obtenção de vantagem material para si ou para outrem, ocorrer em caso em que seria obrigatória a adoção da concorrência.</i></b></p> <p><b><i>§ 2º. Aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público, responde pelo crime.</i></b></p> <p><b><i>§3º. O crime se caracteriza ainda que o agente não lese o erário, não aufera vantagem pessoal ou para terceiro.</i></b></p>

Pelos motivos anteriormente apresentados, a proposta de alteração da norma secundária do artigo 89 sob comento, altera a modalidade de pena privativa de liberdade de detenção para reclusão e o *quantum* de sanção imposta ao autor desse grave delito contra o interesse coletivo. Ao menos por um tempo, o cumprimento da reprimenda dar-se-á em regime semi-aberto, no lugar do regime aberto, desfigurador, para esse tipo de infração do “colarinho branco”, do caráter preventivo e repressivo da pena.

O § 1º proposto objetiva agravar a punição das fraudes cometidas nas concorrências, posto que é essa a modalidade licitatória utilizada para a celebração dos grandes negócios da Administração Pública, de maior vulto econômico. Trata-se da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não parece adequado que a fraude a uma concorrência de milhões de reais receba o mesmo tratamento de uma fraude em uma carta convite de quinze mil reais.

O § 2º visa alcançar os beneficiários do delito.

O § 3º visa a eliminar a interpretação equivocada de que o tipo penal pretende proteger apenas o erário. Como se sabe, o artigo 3º da Lei 8666/93 estabelece 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*” (grifamos). Em outros termos, os bens jurídicos protegidos pelo processo licitatório não se resumem à questão patrimonial, representada pela seleção da proposta mais vantajosa. Também se objetiva a observância do princípio constitucional da isonomia, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e o cumprimento de princípios básicos de Administração Pública, bens jurídicos ofendidos pela indevida dispensa ou inexigibilidade de licitação, tenha ou não o erário sofrido prejuízo.

Paralelamente à punição dos dirigentes, empregados e prepostos responsáveis pela prática dos crimes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, haverá a pessoa jurídica que responder objetivamente por esses atos lesivos, consoante previsto na Lei 12.846/2013.

<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p><b>Art. 90. (...).</b> <b><i>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa.</i></b> <b><i>§ 1º. As penas serão aumentadas da metade, se ocorrer em procedimento licitatório em que se deva adotar a concorrência.</i></b> <b><i>§ 2º. Nas mesmas penas incorre aquele que, tendo concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da quebra do caráter competitivo do procedimento licitatório.</i></b></p>
--	---

O tipo do art. 90 da Lei 8.666/1993, é, certamente, o mais grave dos delitos da Lei especial. Essa é a razão da substituição da detenção para a reclusão e da elevação do *quantum* da pena. As justificativas dos §§ 1º e 2º são as mesmas apresentadas no art. 89.

<p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos,</p>	<p><b>Art. 91. (...).</b> <b><i>Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</i></b></p>
---	---

e multa.	
----------	--

O art. 91 cuida de uma forma especial de advocacia administrativa, não cingida ao funcionário público na posição de autor (ao contrário da correlata figura do art. 321, CP), que visa à obtenção da vantagem ilegal a qualquer preço, dando causa à instauração do procedimento licitatório ou à celebração do contrato. A gravidade da conduta deve ser proporcional à das sanções aplicáveis, proporcionalidade ausente neste e nos outros tipos penais sob comento.

<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei. Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</p>	<p><b>Art. 92. (...).</b>  <i>(...)</i>  <b>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.</b>  <b>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</b></p>
--	--

As modificações ou vantagens de que cuida o art. 92 são de ordem econômica e ilegal, em quatro momentos distintos: no momento inicial da licitação, quando da publicação dos editais, com a alteração de suas cláusulas para benefício de um determinado interessado; na fase da celebração do contrato administrativo, para o pagamento de vantagem não prevista; durante a execução do contrato administrativo, pagando-se por algo não executado, ou, então, isentando-se da execução algo já contratado e pago; e, finalmente, a preterição da ordem cronológica para o pagamento de fatura, em proveito de determinado contratado e prejuízo de outro ou outros.

Todos esses estratagemas são ilegais e lesivos ao patrimônio público e à sociedade, sendo proporcionais as alterações relacionadas à pena. Como já afirmado, a pessoa jurídica deverá paralelamente responder com base na Lei 12.846/2013.

<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços;</p>	<p><b>Art. 96. (...).</b>  <b>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa.</b>  <b>§ 1º. A pena será aumentada da metade, se as mencionadas condutas ocorrerem em procedimento licitatório em que se adotou a concorrência.</b></p>
---	--

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.	<b>§ 2º. Incide nas mesmas penas aquele que fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para a alienação de bem ou direito integrante do patrimônio da Administração Pública direta ou indireta, adquirindo-o por preço inferior ao de mercado.</b> <b>§ 3º. Nas mesmas penas incide o agente público que, de qualquer modo, por ação ou omissão, participe da fraude.</b>
--	---

As alterações relacionadas à pena encontram as mesmas justificativas anteriormente referidas, o mesmo ocorrendo em relação à causa de aumento de pena atinente à concorrência.

O § 2º trata de hipótese de subfaturamento de bem integrante do patrimônio público, omitido no dispositivo. Como cedição, a licitação também é empregada para vender bens públicos, podendo ocorrer a fraude econômica quando o concorrente paga menos do que o valor de mercado pelo bem ou direito adquirido. O § 3º alcança o participe.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.	<b>Art. 97. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:</b> <b>Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.</b> <b>§ 1º. Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</b> <b>Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</b> <b>§ 2º. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.</b>
--	---

A proposta separa as condutas previstas na redação original em dois momentos distintos, considerando a gravidade delas. Uma coisa é a admissão no procedimento licitatório de interessado inidôneo, que não necessariamente será o vencedor. Outra coisa, muito mais grave, é a celebração de negócio jurídico com alguém inapto a contratar com o Poder Público, comportamento que merece censura proporcionalmente mais elevada. O § 2º visa a alcançar o beneficiário do espúrio negócio.

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1º Os índices a que se refere este artigo não	<b>Art. 99. (...).</b> <b>§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 50% (cinquenta por cento), nem superiores a 200% (duzentos por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou potencialmente auferível pelo agente público, particular ou pessoa</b>
--	--

poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. § 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.	<b>jurídica.</b> § 2º (...).
---	---------------------------------

A alteração do § 1º, com a elevação do valor da multa é essencial, posto que os percentuais, tais como constam da redação atual, são irrisórios, não representando punição efetiva dos autores desses delitos.

#### **IV. Conclusão**

Há necessidade de majoração dos marcos penais cominados nos preceitos secundários dos tipos penais previstos na Lei de Licitações, bem como da conversão, de detenção para reclusão, da modalidade de pena privativa de liberdade neles prevista. Motivam-na, dentre outros fatores: a) o impacto supraindividual destes delitos, transcendente ao patrimônio e administração pública, porquanto lesivo de toda a ordem econômica; b) a tradição de dosimetria de pena em mínimos legais firmada na jurisprudência brasileira, amiúde apoiada na primariedade e bons antecedentes (habituais para delinquentes de colarinho branco), que descarta a severa magnitude de injusto penal e a alta culpabilidade de ato costumeira nestes delitos; c) a incidência sistemática de prescrição retroativa neste nicho de criminalidade; d) a necessidade de viabilizar o uso de interceptações telefônicas como meio probatório, à medida que, em crimes vagos, a falta de rosto de voz da vítima dificulta a produção de prova; e) a ausência de harmonia entre os fundamentos de minimalização do direito penal e este setor de criminalidade.

#### **Bibliografia**

- ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia. O Homem delinquente e a sociedade criminológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. “La delincuencia economica”. In *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1981.
- MUNOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Vega, 1986.
- SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires/Montevideo: 2009.
- TAGLIAPIETRA, Andrea. “Introduzione: La catastrofe e la filosofia”. In *Sulla catastrofe. L’illuminismo e la filosofia del disastro*. Milano: Bruno Mondadori, 2004.



**A (NECESSÁRIA) INTERPRETAÇÃO  
DO ART. 112, I, 1ª PARTE, DO CÓDIGO  
PENAL, SOB A ÓTICA DA DOGMÁTICA  
JURÍDICA, E A REVOGAÇÃO PARCIAL  
DA SÚMULA 716 DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL.**

*ANDRÉ LUIS SILVA FETAL*

No caso do art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que há a formação da coisa julgada, assim entendida como o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação e para a defesa.

**A (necessária) interpretação do art. 112, I, 1ª parte, do Código Penal, sob a ótica da dogmática jurídica, e a revogação parcial da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal.**

André Luis Silva Fetal<sup>1</sup>

**1. Síntese.**

Embora aparentemente seja visto como um tema demasiadamente singelo, sob uma perspectiva “*literal*” do art. 112, I, 1ª parte, do Código Penal, um estudo mais aprofundado da matéria revela o equívoco perpetrado com tal exegese.

A matéria se revestiu de acentuada relevância após o Supremo Tribunal Federal consolidar o seu entendimento jurisprudencial acerca da incompatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio do estado de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal<sup>2</sup>, o que refletiu demasiadamente na fixação do marco inicial da prescrição da pretensão executória.

A partir de então, os Tribunais pátrios majoritariamente sufragaram a interpretação indigitada “*literal*” do dispositivo legal em apreço, considerando como termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória o marco temporal anterior à própria formação do título executivo judicial, com franco prejuízo ao *ius punitionis*.

O presente artigo se propõe a demonstrar a falibilidade da então dominante interpretação intitulada “*literal*”, divorciada do próprio conteúdo semântico do instituto da coisa julgada e dos demais institutos jurídicos ligados ao tema.

Nesta toada, exsurge uma imprescindível interpretação sistêmica do art. 112, I, 1ª, do Código Penal, a fim de adequá-lo à vontade do legislador e à coerência do ordenamento jurídico, com franco prestígio e reafirmação da incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio do estado de inocência.

**2. O reconhecimento da incompatibilidade da execução provisória da pena com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal como marco histórico da problemática jurisprudencial.**

É cediço que a matéria ganhou significativa expressividade após a conclusão do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG<sup>3</sup> pelo Tribunal Pleno da Excelsa Corte, cuja relatoria incumbiu ao então Ministro Eros Roberto Grau, ocasião em que restou assentada a “*inconstitucionalidade*” da execução provisória da pena, em salvaguarda ao direito fundamental do estado de inocência.

A partir de então, inadmitida a execução provisória da sentença penal condenatória, salvo em benefício do acusado ao qual foi negado o direito de recorrer em liberdade, por força de prisão estritamente cautelar, ganhou relevo a questão relativa ao marco inicial da prescrição da pretensão executória, haja vista que o título judicial somente se torna exequível após a formação da coisa julgada.

Contudo, os Tribunais pátrios e, notadamente, a Quinta<sup>4</sup> e a Sexta<sup>5</sup> Turmas do Superior Tribunal de Justiça, componentes da sua Terceira Seção e especializadas em matérias de Direito Penal, firmaram

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e membro do Grupo Nacional do Ministério Público (GNMP).

<sup>2</sup> Constituição Federal  
Art. 5º - (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>3</sup> STF, HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Roberto Grau, julgado em 05/02/2009.

<sup>4</sup> Precedentes: EDcl nos EDcl no HC 246.400/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Hilário Vaz, 26/08/2014; HC 290266/ SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/06/2014; HC 272.137/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 01/10/2013; HC 289.458/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 05/06/2014; AgRg no REsp 1312492/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, 18/03/2014.

<sup>5</sup> Precedentes: AgRg no REsp 1344141 / DF, Sexta Turma, Rel. Des. Convocado Ericson Maranhão, julgado em 23/10/2014; AgRg no RHC 26.618/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/09/2014; HC 284.764 Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27/03/2014; AgRg no REsp. 1.376.994/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 27/08/2013.

entendimento de que, inobstante a pena imposta na sentença condenatória somente seja exequível após o seu trânsito em julgado, o marco inicial da prescrição da pretensão executória retroage para o instante em que há o “trânsito em julgado ‘para a acusação’”, ou seja, no momento em que ocorre a mera preclusão para a acusação do direito de recorrer contra a sentença ou acórdão condenatório.

### **3. A redação do art. 112, I, 1ª parte do Código Penal e a interpretação “literal” até então dominante.**

O art. 112, I, do Código Penal possui a seguinte redação:

#### ***Código Penal – Decreto-Lei n. 2.848/40***

*Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível*

*Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:*

***I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (grifos nossos)***

Interpretando “literalmente” tal dispositivo, diversos Tribunais firmaram entendimento de que o marco inicial da prescrição da pretensão executória seria o momento em que expirasse o prazo para interposição de recurso ou, então, o instante em que o autor da ação penal renunciasse ao prazo recursal, conformando-se com a sentença ou acórdão condenatório.

Ilustrando a orientação pacífica das Turmas especializadas em Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça, segue transcrita a ementa do aresto do julgamento do Habeas Corpus n. 232.031/DF, do qual foi relatora para lavratura do acórdão a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, e cujo voto vencedor reiterou o entendimento da Sexta Turma daquela Corte Superior sobre a matéria:

#### ***HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.***

*1. Enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, para ambas as partes, não há falar em prescrição da pretensão executória, eis que ainda em curso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, de forma intercorrente. Contudo, iniciada a contagem da prescrição, o marco inicial, por expressa determinação do art. 112, I, do Código Penal, é o trânsito em julgado para a acusação, ainda que de forma retroativa.*

*2. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão que extinguiu a punibilidade, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória<sup>6</sup>.*

No bojo do voto vencedor, lavrado pela ilustre Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afirma-se expressamente a adoção de uma interpretação “literal” do dispositivo, consoante se observa das transcrições *infra*, cujos fundamentos sintetizam o pensamento ora dominante sobre a matéria:

*A partir de então, por expressa determinação legal, restou superada qualquer divergência. O legislador estabeleceu, sem qualquer margem de dúvida, que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da condenação para a acusação.*

*Faz-se relevante aqui abordar uma peculiaridade, por vezes causadora de confusão. É que, diante do novo texto legal, a doutrina e a jurisprudência, de forma unânime, pelo que se tem conhecimento, diferenciaram o início do curso da prescrição da pretensão executória e o seu marco inicial.*

*Isso porque, enquanto não transitada em julgado a decisão condenatória, para ambas as partes, não há falar em prescrição da pretensão executória, eis que ainda em curso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, de forma intercorrente.*

*A partir do trânsito em julgado para as duas partes, todavia, inicia-se a contagem da prescrição da pretensão executória, cujo marco inicial, por expressa disposição legal, conta-se do trânsito em julgado para a acusação, ainda que de forma retroativa, se for o caso. Assim, se apenas a Defesa recorre, após tornar-se definitivo o julgamento do seu recurso, inicia-se o prazo da prescrição da pretensão executória, cujo termo inicial retroage para a data em que a sentença havia transitado em julgado para o parquet.*

<sup>6</sup> HC 232031/DF, Sexta Turma, Rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15/05/2012.

(...)

*A discussão, como visto, consiste em definir a adequada interpretação do art. 112, I, do Código Penal, bem com analisar se tal dispositivo foi ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.*

***A meu ver, não há como dar ao aludido dispositivo legal interpretação diversa da literal, expressamente definida pelo legislador, a qual entendo ser compatível com a Constituição Federal.***

(...)

*Assim, penso que, tendo em conta a atual interpretação garantista do princípio da não-culpabilidade, que acaba por limitar a possibilidade de o Estado executar provisoriamente a pena, caberá ao legislador, se assim entender, alterar o marco inicial da prescrição da pretensão executória. Não é possível, contudo, afirmar que o art. 112 do Código Penal não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal, tampouco dar a ele interpretação contrária à vontade do legislador, expressamente definida. (grifos nossos)*

O entendimento acima transcrito é sufragado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, que, no entanto, olvidam-se do cerne principal, qual seja, o próprio conceito de trânsito em julgado.

Ver-se-á, contudo, a insustentabilidade da interpretação indigitada “*literal*” do art. 112, I, do Código Penal, mormente diante da impropriedade técnica de seu conteúdo, à luz da dogmática jurídica, posto que não existe o fato jurídico denominado trânsito em julgado unicamente “*para a acusação*”, consoante será demonstrado a seguir.

#### **4. Conceitos de preclusão, coisa julgada formal (trânsito em julgado) e coisa julgada material.**

Salvo melhor juízo, afigura-se impossível compreender o conteúdo da expressão “*trânsito em julgado 'para a acusação'*” divorciada dos conceitos de preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada material, cuja análise elide a possibilidade de confusão entre tais institutos.

A preclusão significa a perda de um direito processual, a perda do direito de exercer um ato/faculdade processual, seja porque expirado o prazo legal para fazê-lo (temporal), seja porque restou impossível exercer determinado ato, logicamente contrário à conduta processual anteriormente praticada (lógica) ou, ainda, porque determinado ato já foi exercido validamente, sendo impossível renová-lo ou retificá-lo (consumativa).

De forma mais detalhada, os eminentes processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem o conceito de preclusão:

*“(...) Efetivamente, como se observa desta definição, a preclusão consiste – fazendo-se um paralelo com figuras do direito material, como a prescrição e a decadência – na perda de “direitos processuais”, que pode decorrer de várias causas. Assim como acontece com o direito material, também no processo a relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais pode levar à extinção de direitos processuais, o que acontece, diga-se, tão frequentemente quanto em relações jurídicas de direito material. A preclusão é o resultado dessa extinção, e é precisamente o elemento (aliado à ordem legal dos atos, estabelecida na lei) responsável pelo avanço da tramitação processual.”<sup>7</sup>*

Trata-se, pois, de fenômeno endoprocessual, instituto que tutela e limita as condutas processuais das partes, permitindo o regular andamento do processo para que este chegue ao seu bom termo.

E para contextualizar o instituto em referência, leciona o renomado processualista uruguaio Eduardo Couture que “*as diversas etapas do processo devem se desenvolver de maneira sucessiva, sempre para frente, mediante fechamento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a momentos processuais já extintos e consumados*”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 624.

<sup>8</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto López, 1942, p. 163-165.

Lado outro, no que diz respeito à coisa julgada, há um conceito estabelecido no art. 6º, §3º, do vetusto Decreto-Lei n. 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, “*chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”.

Por sua vez, o novel Código de Processo Civil, recém-editado pelo Congresso Nacional com a promulgação da Lei Federal n. 13.105/2015, assim define o conceito legal de coisa julgada:

***Novo Código de Processo Civil - Lei Federal n. 13.105/2015***

*Seção V  
Da Coisa Julgada*

*Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

Os preclaros Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira definem a coisa julgada como sendo “*a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial*”<sup>9</sup>, e que pode ser formal, também denominada de trânsito em julgado, ou material.

O conceito de coisa julgada formal, também denominada trânsito em julgado, é confeccionado, de forma brilhante, pelos festejados processualista acima referidos:

*“A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão – instituto já devidamente estudado em capítulo respectivo no v. deste curso -, constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de “trânsito em julgado”<sup>10</sup>.*

Perceba-se que, embora sugira que a coisa julgada formal seja uma espécie de preclusão, os citados processualistas deixam evidente a distinção de tais institutos, posto que a preclusão é a perda do direito de exercer um direito processual, ao passo em que a coisa julgada formal ou trânsito em julgado é, segundo a doutrina mais abalizada, uma qualidade, um efeito jurídico do conteúdo da decisão, a sua indiscutibilidade dentro do processo na qual foi proferida.

E prosseguindo com as lições dos ilustres Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, eis, ainda, o conceito de coisa julgada material:

*“A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.*

*Perceba-se, contudo, que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal.<sup>11</sup>”*

E, mais à frente, refletem os multicitados processualistas:

*“Reunindo o que há de relevante nas teorias acima expostas, e partindo, como sempre, das noções básicas da teoria geral do direito, entendemos que a coisa julgada é um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada*

<sup>9</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2 ed., volume 2, Salvador: Juspodivum, 2007, p. 553.

<sup>10</sup> *Ob. cit.*, p. 553.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 553.

*em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa) julgada é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito”<sup>12</sup>.*

Tais conceitos são cruciais para elidir definitivamente a impropriedade em que se assenta a majoritária orientação doutrinária e jurisprudencial que, indevidamente, distingue o “*trânsito em julgado 'para a acusação'*” do “*trânsito em julgado 'para ambas as partes'*”, posto que o fato jurídico da coisa julgada, enquanto *imutabilidade do conteúdo do dispositivo de uma decisão judicial, da norma jurídica individualizada ali contida*”, é único para as partes que integram uma mesma relação jurídica.

Importante se faz, desde já, referir ao denominado dispositivo de uma decisão judicial, o que remete à teoria dos capítulos de sentença, já que, não raro, a decisão judicial pode conter mais de um dispositivo, a exemplo da imputação de mais de uma infração penal a um único acusado ou, ainda, a imputação de um ou mais crimes a corréus.

Em tais hipóteses, revela-se possível a ocorrência da coisa julgada, a imutabilidade de um dispositivo da decisão judicial, que vinculará as partes de uma mesma relação jurídica processual, mas nunca um único polo da ação, isoladamente, pois será possível a continuidade do processo com relação aos outros dispositivos que não se revestiram do trânsito em julgado, também denominado “*preclusão máxima*”.

#### **5. A inexistência de fato jurídico denominado “trânsito em julgado 'para a acusação'” enquanto fenômeno isolado. Natureza *inter partes* da coisa julgada.**

Do aprendizado extraído das lições dos precitados autores, é possível observar que, quando a doutrina e a jurisprudência pátrias se referem ao “*trânsito em julgado 'para a acusação'*”, enquanto fato jurídico distinto do “*trânsito em julgado 'para ambas as partes'*”, cometem um equívoco conceitual.

Definir um fato jurídico como próprio e denominá-lo como “*trânsito em julgado 'para a acusação'*”, ou seja, como o momento em que uma decisão judicial não foi desafiada pelo titular da ação penal no tempo oportuno, por conformação ou inércia, conquanto ela tenha sido objeto de recurso pela(s) parte(s) ré(s), significa confundir os conceitos de preclusão e coisa julgada.

Em verdade, quando o autor da ação penal não interpõe recurso contra uma sentença ou acórdão condenatório, nada mais ocorre do que, senão, o fenômeno da preclusão, visto que aquela decisão judicial, porque impugnada pela(s) parte(s) adversária(s), poderá ou não vir a ser reformada, mas não se tornou imutável para nenhuma das partes envolvidas.

E, eventualmente anulada ou reformada a decisão judicial em virtude do êxito alcançado pela(s) parte(s) que integra(m) o polo passivo da relação jurídica processual penal, nada obsta que a acusação possa interpor recurso contra o conteúdo da decisão modificadora às instâncias superiores, a fim de restaurar a decisão primeva, total ou parcialmente.

Desta feita, a mera possibilidade de anulação ou reforma de determinada decisão judicial, ainda que uma das partes da relação jurídica processual penal a ela tenha anuído ou se quedado ociosa, demonstra que, obviamente, não ocorreu o trânsito julgado, que é sinônimo de coisa julgada formal, cujo conceito, repita-se, é a indiscutibilidade da decisão judicial dentro do mesmo processo.

Neste diapasão, convém ainda observar que, enquanto pendente de apreciação um recurso interposto por qualquer das partes (acusação ou defesa), remanesce possível o exame *ex officio* de matéria de ordem pública, passível de atingir o próprio processo (*in casu*, o processo penal), como bem anota Fábio Victor da Fonte Monnerat:

*“Em outras palavras, a possibilidade de conhecimento de ofício de questões de ordem pública pelo tribunal, por atingirem todo o processo, e por via de consequência, toda a sentença, inclusive o capítulo não impugnado, impede que se fale em trânsito em julgado parcial dos capítulos da sentença”<sup>13</sup>.*

<sup>12</sup> *Ob. cit.*, p. 560.

Lado outro, se é possível ao titular da ação penal interpor recurso contra a decisão judicial que anulou ou reformou aquela que lhe é anterior e com a qual havia se conformado ou permanecido inerte, sob hipótese alguma se pode falar em trânsito em julgado para qualquer das partes, já que não há decisão judicial alguma revestida de imutabilidade.

Como bem adverte o ilustre penalista Paulo Queiroz:

*"Não se deve, pois, confundir trânsito em julgado da sentença com preclusão do direito de apelar ou recorrer; visto que a prescrição da pretensão executória pressupõe irrecorribilidade da decisão e a consequente constituição do título executivo judicial, além da inércia estatal<sup>14</sup>".*

Assim, não é difícil verificar que o trânsito em julgado, enquanto imutabilidade do dispositivo de uma sentença ou acórdão condenatório, jamais poderá ser de natureza unissubjetiva, justamente por ser *inter partes*, ou seja, por vincular os polos adversos de uma mesma relação jurídica processual.

Não sem propósito, o caráter *inter partes* da coisa julgada está novamente sedimentado de forma expressa no art. 506 do Novo Código de Processo Civil – Lei Federal n. 13.105/2015, reproduzindo quase integralmente o teor do art. 472 do antigo diploma:

***Novo Código de Processo Civil – Lei Federal n. 13.105/2015***

*Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.*

**6. A verdadeira aceção de “trânsito em julgado ‘para a acusação’” contida no Código Penal e a impropriedade da interpretação do tema intitulada “literal”.**

Não bastassem os fundamentos acima invocados, é possível evidenciar o manifesto desacerto da interpretação reputada “*literal*”, acatada pela doutrina e jurisprudência majoritárias, a qual que se distancia da aceção legal de trânsito em julgado.

Não se pode olvidar que a redação do caput do art. 112 do Código Penal é precedida categoricamente do título “*Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível*”.

Irrecorrível é atributo da decisão judicial (sentença ou acórdão) contra a qual não caiba mais recurso, deixando patente que, para o legislador, o trânsito em julgado somente se perfaz quando a decisão judicial se torna imutável, indiscutível.

Ou seja, a interpretação dita “*literal*” é feita de modo compartimentado, isolado e equivocado, ignorando a própria aceção que o próprio Código Penal conferiu ao conceito de trânsito em julgado, já que, segundo as próprias palavras do legislador, ao disciplinar a prescrição da pretensão executória, intitulou-a como “*prescrição após a sentença irrecorrível*”.

Infere-se que a interpretação do art. 112, I, 1ª parte, do Código Penal ora proposta sequer pode ser tachada de *contra legem*, porque prestigia a intenção do legislador, revelada pelo título do dispositivo legal em comento, além de adotar uma exegese coerente, sistemática e harmônica com a dogmática processual e, consequentemente, com a unidade do ordenamento jurídico pátrio.

Indubitavelmente, ao subscrever o título “*Termo inicial da prescrição após a sentença irrecorrível*” antes do caput do art. 112 do Código Penal, o legislador definiu o significado de “*trânsito em julgado ‘para a acusação’*” como sinônimo de coisa julgada material.

Afinal, em conformidade com as lições dos sábios Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

*“Para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é*

<sup>13</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória*. REPRO, v. 165, p. 85. São Paulo: RT, novembro, 2008.

<sup>14</sup> QUEIROZ, Paulo. <http://pauloqueiroz.net/termo-inicial-da-prescricao-da-pretensao-executoria/>.



*característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal)<sup>15</sup>”.*

No âmbito do Direito Penal, somente é possível falar em pretensão punitiva executória em se tratando de decisão (sentença ou acórdão) proferida(o) por órgão jurisdicional com competência criminal, que aprecie o mérito da(s) causa(s) de pedir e do(s) pedido(s) contidos na denúncia, formulado(s) contra a(s) parte(s) ré(s), em cognição (obviamente) exauriente e contra a qual não caiba mais nenhum recurso, por nenhuma das partes (coisa julgada formal ou trânsito em julgado).

Neste diapasão, oportuna também se faz a colação dos ensinamentos do saudoso e insigne Celso Ribeiro Bastos, invocados no já mencionado voto lavrado pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, mas que, em verdade, socorre a fundamentação ora sustentada neste artigo e desnuda a impropriedade de se denominar como “*literal*” a corrente doutrinária e jurisprudencial até então majoritárias acerca do tema:

*“Contudo, há uma limitação lógica. É que se exclui a possibilidade de que o intérprete da lei pretenda forçar uma interpretação que, não obstante em consonância com os termos constitucionais, viola a literalidade daquela, vale dizer, seja contra legem, com o que se cria uma verdadeira norma paralela, porque não extraível do texto da lei o conteúdo constitucional atribuído, erigindo-se o Judiciário à função de legislador positivo. É que o intérprete não poderá atribuir um significado à norma que seja totalmente distante da letra desta, ou em inteira autonomia, desprezando por completo o que estiver preceituado. A interpretação não se pode desvincular da norma posta<sup>16</sup>”.*

Ora, não se pode denominar como “*literal*” a interpretação que atribui à norma posta a acepção completamente distinta de sua literalidade, sub-rogando indevidamente significado de instituto diverso (preclusão) à expressão “*trânsito em julgado*”, além de ignorar o conteúdo da expressão “*irrecorrível*”.

Assim, a expressão “*termo inicial da prescrição após a sentença irrecorrível*”, definida expressamente pelo legislador, imediatamente acima do *caput* do art. 112 do Código Penal, aliada à dogmática processual, demonstra, de modo incontroverso, que o “*trânsito em julgado 'para a acusação'*” e o “*trânsito em julgado 'para as ambas partes'*” são exatamente a mesma coisa, em razão do já mencionado caráter subjetivo, *inter partes*, da coisa julgada.

Em reforço, revela-se ainda apropriada a referência ao art. 105 da Lei de Execuções Penais, cujo teor deixa evidente que a execução da sentença penal condenatória somente se torna possível com o seu trânsito em julgado:

#### ***Lei de Execução Penal - Lei Federal n. 7.210/84***

*Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.*

Demais disso, se a prescrição é conceituada como “*a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei<sup>17</sup>*”, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, sequer é possível se falar em inação do titular da ação penal, sendo incorreta a atribuição do marco inicial da prescrição da pretensão punitiva a período anterior à coisa julgada, vez que ainda não existe título judicial passível de execução.

#### **7. O caráter processual da preclusão.**

---

<sup>15</sup> *Ob. cit.*, p. 554.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional* - revista e ampliada. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 171.

<sup>17</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito civil* - teoria geral. 6ª ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 557.



De tudo quanto ora se expôs, resta patente que o denominado “*trânsito em julgado 'para a acusação'*”, contido no inciso I do art. 112 do Código Penal, em verdade, traduz instituto jurídico diverso, qual seja, a preclusão do direito de recorrer.

Deste modo, faz-se premente transcrever importante vaticínio do ilustre Fredie Didier Júnior, em passagem que diferencia a preclusão temporal da decadência e da prescrição, quando adverte acerca de sua natureza processual:

*“Enquanto a prescrição relaciona-se, em princípio, aos direitos a uma prestação de cunho material, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a facultades/poderes de cunho processual.*

*Demais disso, a prescrição e decadência são institutos de direito substantivo, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e decadência ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo -, e suas finalidades projetam-se, também, para fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, no bojo do processo, e sua finalidade precípua restringe-se, igualmente, à esfera processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que se chegue ao seu ato final (prestação da jurisdição)<sup>18</sup>.*

Enquanto instituto de direito processual e cuja finalidade restringe-se a tal seara, os efeitos extraprocessuais, a exemplo do precoce surgimento do marco inicial da prescrição da pretensão executória, não podem derivar da preclusão do direito de recorrer, sobretudo quando tal direito substantivo sequer ainda existe, posto que o título executivo judicial somente surge após a formação da coisa julgada material.

#### **8. Reafirmação da incompatibilidade da execução provisória da pena. Temporalidade máxima da prisão cautelar. Revogação parcial da súmula 716 do Supremo Tribunal Federal.**

Consoante referido alhures, ao concluir o julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, o plenário do Supremo Tribunal Federal assentou uniformemente a incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio do estado de inocência.

Na oportunidade, o eminente Ministro Eros Roberto Grau vaticinou com bastante propriedade:

*“Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permita seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.”*

*13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI, meu colega de docência na Faculdade de Direito no Largo de São Francisco: 'o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva'”.*

De forma rigorosamente coerente com o princípio do estado de inocência, o Supremo Tribunal Federal, de longa data, ao interpretar o art. 147 da Lei de Execução Penal – Lei Federal n. 7.210/84 -, já possuía

---

<sup>18</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9 ed., volume 1, Salvador: Juspodivum, 2008, p. 280.

jurisprudência firme condicionando a execução das penas restritivas de direito ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>19</sup>.

Todavia, embora afirmada e pacificada a incompatibilidade da execução provisória com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, contraditoriamente, o Pretório Excelso continua aplicando a Súmula n. 716, aprovada em 24/09/2003, enunciado este que é pretérito ao julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG e que possui o seguinte teor:

**Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal:** “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Nesse sentido: STF, HC 100.587 SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2011; HC 118.338/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 06/11/2013; HC 104.115/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/09/2010; HC 104.761 SP, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/02/2011; RHC 103.744/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 31/08/2010.

*Data maxima venia*, autorizar a aplicação da Súmula n. 716 da Suprema Corte, no que pertine à possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nada mais traduz senão do que admitir, em caráter excepcional, a execução antecipada da pena privativa de liberdade, em franco vilipêndio art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que consagra o princípio do estado de inocência.

Inexistente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a qual, diga-se de passagem, poderá até mesmo não subsistir, pelo eventual reconhecimento de uma matéria de ordem pública ou pelo provimento do recurso na instância extraordinária, reosso verdadeira afronta ao princípio do estado de inocência uma progressão de regime de uma pena provisoriamente fixada em um título judicial ainda inexecuível.

É fato incontroverso que a Lei de Execução Penal se aplica ao preso provisório, contudo e, por óbvio, no que couber, sendo-lhe manifestamente desfavorável a progressão de regime de pena antes da formação da culpa por trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já que, efetivamente, a pena privativa de liberdade estará sendo executada, de forma progressiva, antes mesmo da formação da coisa julgada.

Sob a égide do ordenamento erigido com a Constituição Federal, a prisão em flagrante, a prisão preventiva ou a prisão temporária se revestem unicamente de natureza cautelar, adstritas às hipóteses previstas expressamente nos dispositivos legais que as disciplinam.

Essa cautelaridade, porém, exige a fixação de um limite temporal para a sua perduração, sendo forçoso concluir-se pela sua cessação quando há a extrapolação da duração razoável do processo<sup>20</sup> para a formação definitiva da culpa.

Nesta hipótese, há nítido constrangimento ilegal, visto que a duração do processo excede a razoabilidade quando se ultrapassa o prazo para a progressão de regime de cumprimento de uma pena privativa de liberdade que já deveria ter sido definida por sentença passada em julgado.

Logo, não se estará beneficiando o acusado ao se permitir o início precoce da progressão do regime de cumprimento de pena, porque efetivamente ter-se-á manifesto excesso prazal para declará-lo definitivamente culpado.

---

<sup>19</sup> Precedentes: HC 89.435/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20/03/2007; HC 88.413/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 23/05/2006; HC 88.741/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Roberto Grau, julgado em 23/05/2006; HC 85.860/PR, Segunda Turma, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 14/02/2006.

<sup>20</sup> Constituição Federal  
Art. 5º - (...)

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.

Assim, alcançado lapso temporal suficiente para a progressão do regime de cumprimento de uma pena privativa de liberdade cujo título judicial ainda não transitou em julgado, a solução a ser adotada não deve ser a aplicação da Súmula 716 do Supremo, porque a progressão de regime é ato inerente à execução de pena, a evidenciar que o transcurso daquele interstício já esgotou a cautelaridade da segregação provisória.

Por conseguinte, a progressão de regime de uma prisão estritamente cautelar, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, traduz ofensa ao princípio da duração razoável do processo, de modo que a melhor solução que se apresenta, para coibir esta execução antecipada da pena, é a revogação do decreto prisional ou, se ainda se fizer necessária, a sua conversão em medidas cautelares distintas da prisão preventiva, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – Decreto-Lei n. 3.689/41, com a consequente revogação parcial da Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal.

### **9. Conclusão.**

Inegavelmente, a ora comentada complexidade e relevância do tema é evidenciada com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, no bojo do ARE 848107/DF, reputou constitucional a questão e reconheceu a repercussão geral da matéria, em virtude da séria controvérsia sobre o entendimento da matéria pelos Tribunais pátrios, afetando-a a futuro julgamento, aresto que foi ementado nos seguintes termos:

*EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.*

*(STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 848.107, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/12/2014)*

A perspectiva criada pelo futuro julgamento da matéria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da repercussão geral, é de que, enfim, seja afastada a equivocada interpretação indigitada “literal” do art. 112, I, do Código Penal, conferindo-lhe uma exegese genuinamente sistêmica e consentânea com o princípio do estado de inocência.

Afinal, não pode subsistir a prevalência de uma interpretação dissociada da dogmática processual, que confunde o trânsito em julgado com o instituto jurídico da preclusão, com evidente prejuízo ao *ius punitiois*.

A interpretação ora proposta trilha o caminho a favor de uma efetiva reafirmação da incompatibilidade da execução provisória da pena, devendo ser cancelada parcialmente a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, em apreço aos princípios do estado de inocência e da duração razoável do processo.

***O DIREITO DA VÍTIMA À  
REPARAÇÃO DOS DANOS  
CAUSADOS PELA INFRAÇÃO  
-ARTIGO 387, IV, DO CPP***

*SUZANE MARIA PRADO*

Destacando o art 387, IV, do CPP, pretende este trabalho discutir a natureza do texto da Lei, se cogente ou carente de provocação pelo autor da ação, e conteúdo – se limitado aos danos materiais ou alcançando, também, os morais. Por fim, qual o papel do MP para sua efetividade.

## O DIREITO DA VÍTIMA À REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO – ARTIGO 387, IV, DO CPP

Suzane Maria Carvalho do Prado<sup>1</sup>

JUSITIFICATIVA – Com a Lei 11.719/2008 veio o comando ao Juiz Sentenciante de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, já no processo penal, sem prejuízo de liquidação no cível para apuração do real valor do dano efetivamente suportado (arts. 387, IV e 63, parágrafo único, ambos do CPP). Esta otimização do processo penal favorável à vítima ainda é objeto de discussão no que diz respeito a sua efetividade e abrangência. Pretende este trabalho discutir sobre a natureza do texto da lei, se cogente ou carente de provocação pelo autor da ação, e seu conteúdo – se limitado aos danos materiais ou alcançando, também, os morais. Por fim, qual o papel do MINISTÉRIO PÚBLICO para a efetividade do dispositivo.

Por muito tempo o processo penal ficou centrado na missão de concretizar o direito penal, impor a sanção cominada para o tipo violado. Assim foi que, dentre os sujeitos do delito, mantinha-se protagonista, no processo, o réu e, por fim, se condenado, no estabelecimento e execução da pena, toda a atenção também era para este.

Ao outro sujeito do delito titular do bem jurídico protegido pelo tipo violado, o ofendido, pouca menção tem no processo penal, em especial, nas ações penais públicas incondicionadas – que são maioria. O Título VIII, ao tratar dos sujeitos processuais, diz “do Juiz, do Ministério Público, do acusado e seu defensor, dos assistentes e Auxiliares da Justiça”. Assim, o ofendido é trazido na figura do assistente, sendo certo que sua admissão se dará quando, firmada a legitimidade (art. 268, CPP), houver interesse patrimonial a tutelar (art. 91, I, do CP)<sup>2</sup>.

Pode-se dizer que, antes da edição da Lei 9.099/95, a obrigação de reparar o dano decorrente do ilícito, expressa no artigo 927<sup>3</sup> do Código Civil, não era prestigiada no processo penal. Tinha-se o artigo 16<sup>4</sup> do CP, como causa

<sup>1</sup> Promotora de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de Ponta Grossa. Mestre em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>2</sup> “ (...) O ofendido, como assistente de acusação, atua ao lado do Ministério Público, titular da ação penal, auxiliando-o, assistindo-o. É ao mesmo tempo sujeito e parte na relação processual. A admissão legal da atuação do ofendido, paralelamente ao titular da ação penal, calca-se no interesse patrimonial daquele, eis que nos termos do art. 91, inciso I, do CP, um dos efeitos da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Na lição do Professor Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 10ª ed. SP: Saraiva, 2013, p. 289)“(…). O fundamento da possibilidade de sua intervenção é o seu interesse na reparação civil, mas o assistente atua, também, em colaboração com a acusação pública no sentido da aplicação da lei penal”. Com toda propriedade leciona Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 16ª ed. SP: Saraiva, 2013, p. 430.)<sup>2</sup> que “...a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil. A propósito o art. 935 do CC e os arts. 91, I, do CP e 63 do CPP”. Prossegue expondo que “segundo dispõe o art. 91, I, do CP, constitui um dos efeitos da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por isso mesmo dispõe o art. 93, 'caput', do CPP que, 'transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros'. Em face dessa influência, salta aos olhos que o Estado permitiu pudesse o ofendido ingressar no Processo Penal nos crimes de ação pública, para velar pelo seu direito à indenização. Conclui-se, pois, que a função do assistente não é auxiliar a Acusação, mas procurar defender seu interesse na indenização do dano 'ex delicto'”. – Extraído do Corpo do Acórdão do RSE 0830859-87.2012.8.26.0052, Relator(a): Newton Neves, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 02/06/2015, Data de registro: 03/06/2015 – disponível em [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br), acesso em 09 ago 2015.

<sup>3</sup> **Art. 927** – Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

de diminuição da pena e constituição do título executivo (art. 91, I, CP c/c 63, CPP).

Foi com a Lei 9099/95<sup>5</sup>, dos Juizados Especiais Criminais, que a vítima passa a ter voz no procedimento ao ser chamada para a audiência preliminar (art. 69, JEC), ter possibilitada a composição dos danos civis (arts. 72 a 74, JEC) ou oferecer representação, de imediato, para início da persecução penal (art. 75, JEC). Ainda assim, deflagrada a ação, em caso de transação, a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária tem como destinatário preferencial a vítima<sup>6</sup> (art. 45, § 1º, CP), ou, no caso de suspensão do processo (art. 89, JEC), a reparação dos danos é condição obrigatória para extinguir a punibilidade do agente (art. 89, § 1º, I, JEC).

Reforça a importância do ofendido no processo penal a minirreforma do CPP, de 2008. Sua figura é destacada na audiência de instrução e julgamento, sendo o primeiro a ser ouvido (art. 400/ CPP) e, dentre outras determinações, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008<sup>7</sup> tornou obrigatório para o Juiz, ao proferir a sentença condenatória, tratar, em valores, dos prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, CPP).

Debater qual deva ser o papel da vítima no sistema penal, quais são seus direitos e necessidades, implica olhar o direito e processo penal desde outra perspectiva. Significa resgatar alguém que foi esquecido (...). O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da “proteção dos bens jurídicos” desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade da reparação. (...)

Com o movimento das vítimas, surgiram os estudos vitimológicos que demonstravam os verdadeiro interesses das vítimas ao recorrer à polícia quando um delito era cometido. (...)

Um dos pontos mais trabalhados pela vitimologia é o da vitimização secundária, que corresponde à alienação da vítima no processo penal, já que esta não recebe informações quanto aos seus direitos, tampouco atenção jurídica (...)

O que a vitimologia trouxe à tona, afinal, é que o atual sistema de justiça penal ignora a vítima e suas necessidades – já que as vítimas, muitas vezes, querem apenas que o dano seja ressarcido, que o ofensor lhe dê explicações para que possa compreender o ocorrido, ou, ainda, que receba um pedido de desculpas – e, com isso, atua de forma a revitimizá-la (...)<sup>8</sup>.

Determina o artigo 387, IV, do CPP que “ o juiz, ao proferir sentença condenatória, (...) fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. O verbo está no imperativo – “fixará” –, assim como aquele do artigo 804<sup>9</sup>, do CPP, “condenará”, que atende, da mesma forma, outro sujeito passivo do delito – o Estado<sup>10</sup> – que teve violadas suas leis e despesas com o processo para cumprimento de seus dispositivos.

---

<sup>4</sup> **Art. 16** - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>5</sup> A propósito: BREGA FILHO, Vladimir. A reparação do dano no direito penal brasileiro – perspectivas. In <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/DanoDireitoPenal.pdf>. Acesso em 05 ago 2015.

<sup>6</sup> Neste sentido: STJ - HC 98.820/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2009, DJe 18/05/2009; TRF4 - ACR 0000330-06.2005.404.7200, Oitava Turma, Relator Rony Ferreira, D.E. 21/07/2015): (...). PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CRITÉRIOS. (...) 10. A prestação pecuniária substitutiva deve ser fixada em valor suficiente para a prevenção e reprovação do crime praticado, atentando-se ainda, para a extensão dos danos decorrentes do ilícito e para a situação econômica do condenado, a fim de que se possa viabilizar seu cumprimento. (...)

<sup>7</sup> Publicada em 23.06.2008, com 60 dias de *vacatio legis*.

<sup>8</sup> PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula, Justiça Restaurativa: da teoria à prática. 1. ed., São Paulo : IBCCRIM, 2009, p. 46-52.

<sup>9</sup> **Art. 804.** A sentença ou acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

<sup>10</sup> No dizer de MARQUES, José Frederico: “Em todo o crime, portanto, há dois sujeitos passivos: um constante que é o Estado, visto que no crime é a violação de um interesse público e estatal; e um sujeito eventual, que é o titular do interesse concreto atingido pelo crime” (in **Tratado de Direito Penal**, v. II, 1ª ed., rev e atual, Campinas : Bookseller, 1997, p. 43).

O dano causado pelo ato ilícito está previsto como indenizável no artigo 927 do Código Civil –“aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Este mesmo artigo remete aos artigos 186 e 187 do Código Civil, que tratam do ato ilícito e da qualidade do dano.

**Art. 186.** 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. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites expostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ou seja, sendo o direito um sistema, funcionando em constante interação, é de se abeberar também do direito civil, para observância do comando do artigo 387, IV, do CPP (como no caso do artigo 804 do CPP, a fonte secundária é o direito administrativo a fixar as tabelas de custas processuais). Tem-se assim, referências da (1) *natureza do dano* a ser contemplado na sentença penal condenatória, (a) material, por óbvio, notadamente nos crimes patrimoniais ou, (b) ainda que exclusivamente moral, nos termos do artigo 186 do CC, em especial nos crimes contra a honra, por exemplo, mas sem excluir aqueles tradicionais, aos quais se somam os prejuízos concretos, mais (2) das *formas de reparação*, nos arts. 944 e ss do CC, sem prejuízo da construção jurisprudencial já firmada.

Todavia, antes de perquirir os critérios para fixação dos danos a serem reparados, que tem como norte primeiro “os prejuízos sofridos pelo ofendido” (art. 387, IV, parte final, CPP), é de se estabelecer a *natureza deste artigo*.

Já se tem decidido ter o artigo 387, IV, do CPP, força cogente, sendo o estabelecimento do valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito um dos efeitos da condenação, prescindindo de pedido expreso.

REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. NORMA DE CARÁTER COGENTE. MANUTENÇÃO. O estabelecimento de verba reparatória em favor da vítima é efeito da condenação do réu e possui aplicação cogente, inobstante inexistência de pedido expreso do Ministério Público ou do ofendido. Inteligência do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. (...). APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70063665988, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 15/07/2015)<sup>11</sup>

Neste sentido, como efeito da condenação, parece ter sido a intenção do legislador.

A lei 11.719/2008 nasceu do Projeto de Lei 4207/2001<sup>12</sup>. Extrai-se da Exposição de Motivos (mensagem 213<sup>13</sup>), no item “D – Efeitos da sentença penal condenatória”, a valorização à vítima. *In verbis*:

5. Em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único, determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido. Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil da liquidação.

Várias foram as emendas apresentadas nesse Projeto de Lei<sup>14</sup> (destaca-se aquela, apresentada em 2007, que se preocupou em especificar as minúcias no artigo 63 a forma de satisfação da vítima<sup>15</sup>). No parecer da Comissão

<sup>11</sup> Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), acesso em 09 ago 2015.

<sup>12</sup> Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26557>, acesso em 09 jul 2015.

<sup>13</sup> Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>, acesso em 09 jul 2015.

de Constituição e Justiça de 27 de maio de 2008<sup>16</sup> foram apreciadas todas as emendas, rejeitando aquelas por demais detalhistas em relação à forma de fixação do valor de indenização, para se chegar à atual redação do artigo 387, IV do CPP.

Este passeio histórico na construção do dispositivo legal (art. 387, IV, CPP) serve para mostrar seu fundamento – atender ao interesse da vítima, reduzindo, na medida do possível, a demanda no Judiciário posterior à sentença penal para fins de indenização, sendo um dos efeitos da condenação.

Mesmo que já se tivesse expressado no artigo 91, I, do CP, a obrigação de reparar o dano causado pelo crime e a sentença condenatória transitada em julgado, como título executivo (art. 475N, II, CPC), não admitir discussão sobre a responsabilidade civil (art. 935<sup>17</sup>, CC), veio o artigo 387, IV, do CPP para facilitar a vida do ofendido que pode quedar-se satisfeito com o valor, dito mínimo, fixado, e promover a execução direta, sem necessidade de liquidação (art. 475A<sup>18</sup>, CPC).

Mas, pressuposto lógico para fixação é decidir se o juiz deve proceder de ofício ou se se mostra necessário pedido expresso pela parte, sendo indiscutível a necessidade estabelecer um contraditório mínimo, em sede de instrução processual.

Majoritária é a corrente que entende ser a indenização decorrente de pedido formulado na inicial (e não um dispositivo cogente – posição que se entende totalmente defensável, ante a redação do artigo).

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. (...). FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO (CPP, ART. 387, INC. IV). AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

03. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "para que seja fixado, na sentença, o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima (art. 387, IV, do CP), necessário o pedido

---

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_emendas.jsessionid=A924775BFABAD76A2255DA9DCBD4EF0C.proposicoesWeb2?idProposicao=26557&subst=0](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=A924775BFABAD76A2255DA9DCBD4EF0C.proposicoesWeb2?idProposicao=26557&subst=0), acesso em 09 jul 2015.

<sup>15</sup> “ Art. 63. ....

1º A apuração e reparação do dano decorrente da infração penal deverão ser promovidos no próprio juízo penal.

§ 2º O arbitramento do valor do dano e a avaliação dos bens, direitos e valores far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, com a fixação de prazo para a entrega do laudo.

§ 3º Apresentado o laudo, as partes poderão se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, que correrá em cartório, após o que o juiz homologará o valor atribuído aos bens, direitos e valores e à reparação, podendo corrigir o arbitramento do valor do dano se lhe parecer excessivo.

§ 4º Após a sentença condenatória transitada em julgado, se o réu não depositar em juízo, no prazo legal, o valor da condenação, o juiz determinará sejam os bens penhorados e alienados em hasta pública e a quantia depositada em conta judicial.

§ 5º No prazo legal, o réu poderá requerer a intimação do ofendido para receber em juízo o que lhe é devido conforme a decisão ou poderá apontar bens à penhora.

§ 6º Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, qualquer questão relacionada à reparação do dano que não tenha sido apresentada no curso da ação penal será resolvida no juízo cível

§ 7º Nenhum recurso contra a decisão referida no § 3º deste artigo será conhecida sem o comparecimento pessoal do réu em juízo.

§ 8º Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da lei processual civil.” (NR) – disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=535211&filename=EMS+4207/2001+%3D%3E+PL+4207/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=535211&filename=EMS+4207/2001+%3D%3E+PL+4207/2001), acesso em 09 jul 2015.

<sup>16</sup> Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=A924775BFABAD76A2255DA9DCBD4EF0C.proposicoesWeb2?codteor=568376&filename=Tramitacao-PL+4207/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=A924775BFABAD76A2255DA9DCBD4EF0C.proposicoesWeb2?codteor=568376&filename=Tramitacao-PL+4207/2001), acesso em 09 jul 2015.

<sup>17</sup> Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões estejam decididas no juízo criminal.

<sup>18</sup> **Art. 475-A.** Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.



formal, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório" (AgRg no AREsp 311.784/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/08/2014; REsp 1265707/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/05/2014; AgRg no REsp 1428570/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente e excluir da sentença a condenação ao pagamento de "valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração".

(HC 306.269/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, Dje 10/03/2015<sup>19</sup>)

PENAL. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DO INSS. (...). INDENIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DO DANO. IMPRESCINDIBILIDADE DO REQUERIMENTO POR PARTE DA ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO. (...). 3. O art. 387, IV do Código de Processo Penal deve ser interpretado sob uma perspectiva de respeito ao contraditório, não podendo a indenização ser fixada na sentença sem que sua aplicabilidade, circunstâncias e quantificação sejam debatidas durante a instrução. (TRF4, ACR 5000881-18.2012.404.7017, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Gilson Luiz Inácio, juntado aos autos em 17/07/2014<sup>20</sup>)

Embora inclinada a reconhecer o caráter cogente do dispositivo, para que não se tolha o direito da vítima de ter uma baliza de valores, já na sentença penal condenatória, para ressarcimento<sup>21</sup>, sustenta-se que o MINISTÉRIO PÚBLICO autor exclusivo da ação penal pública incondicionada, torna-se também destinatário deste comando da Lei. Se o Juiz deve, ao proferir a sentença penal condenatória fixar o valor mínimo, o autor da ação deve formular pedido neste sentido – colocar a matéria na mesa para discussão – em atenção ao contraditório e à ampla defesa.

Por outro lado, a obrigação de pagar a quantia definida nos termos do art. 387, IV, do CPP – o valor mínimo a título de reparação – integra o conteúdo do julgado penal, como capítulo autônomo da sentença penal condenatória. Há, aqui, necessidade de o juízo penal se manifestar sobre a questão, no sentido de impor ao réu a obrigação de pagar uma quantia já liquidada para a reparação mínima dos danos. Por essa razão, o acesso do ofendido às vias executivas para a satisfação do valor indenizatório mínimo arbitrado pelo juízo penal não pode ser enxergado como um efeito anexo ou secundário, mas sim como um efeito próprio do capítulo civil da sentença penal condenatória, porquanto dimanado diretamente do seu conteúdo.

Isso, todavia, não significa que deverá haver pedido expresso para a fixação do valor mínimo a título de indenização. Entendemos, no particular, que a própria lei promoveu uma ampliação do objeto do processo, instando o juiz, independentemente de pedido das partes, a decidir sobre o valor indenizatório mínimo. É o que se infere da redação impositiva do art. 387, IV do CPP, que dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, não havendo qualquer menção à necessidade de pedido da parte autora. Isto é, exista ou não pedido da parte, o juiz deverá se manifestar sobre a questão, por força de lei<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acesso em 09 ago 2015.

<sup>20</sup> Disponível em [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br), acesso em ago 2015.

<sup>21</sup> Não se sabe se e quando vai chegar no Superior Tribunal de Justiça uma discussão séria sobre a natureza do dispositivo. Basta lembrar o tempo que passou até se ver reconhecida a natureza pública incondicionada das lesões corporais no ambiente doméstico, em 2014 com a RG 773765-PR, o que era tranquilo, com base na teoria do tipo, desde a inclusão do § 9º, no artigo 129 do CP, em 2004, por tratar-se de figura qualificada, divorciada do *caput* e suas disposições e, depois, com o artigo 14 da Lei 11.340/2006..

<sup>22</sup> ANDRADE, Danilo Ferreira. Considerações sobre a fixação do valor indenizatório mínimo pelo juízo penal (art. 387, IV, do CPP). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8685](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8685)>. Acesso em ago 2015. – Este mesmo autor equipara o dispositivo com a obrigação de condenação das custas, mas citando o processo civil (raciocínio este, que era desconhecido desta autora, que, desde o início, faz paralelo com o artigo 804 do CPP, para dizer da natureza cogente): “Trata-se de hipótese de pedido implícito, que integra o *thema decidendum* independentemente de pedido das partes, e cuja análise constituirá capítulo autônomo da decisão penal condenatória[17]. Fenômeno semelhante ocorre, por exemplo, com o ressarcimento das despesas processuais e dos honorários sucumbenciais (art. 20 do CPC[18]), apontado pela doutrina[19] e pela

No mais, retomando a ideia de Direito como sistema, há o julgador de ater-se aos fatos e, firmada a responsabilidade do réu pelo mesmo, socorrer-se da legislação civil para fixação do dano a ser reparado em quantia razoável e proporcional ao apurado no processo, sempre.

Poder-se-ia dizer que a indenização é direito disponível e, portanto, sem que a vítima colabore ativamente para a prova de que suportou prejuízos, não seria possível fixar a reparação.

Soa equivocada esta premissa, face à redação do dispositivo (que impõe ao Juiz a fixação de valor mínimo – ou seja, não exige que se desça às minúcias das despesas e prejuízos suportados), ficando a disponibilidade do direito da vítima quanto à indenização, em sua opção de executar, ou não, a sentença, caso não haja adimplemento voluntário da obrigação.

Também é equivocada a hipótese de que a renúncia deste direito pela vítima, antes da sentença condenatória, liberaria o Juízo da obrigação de fixar o valor mínimo.

Doutra banda, não ter sido especificado valor, pelo ofendido ou pelo autor da ação, do total dos prejuízos suportados, não desonera o Juízo deste mister, uma vez que o direito anda par-e-passo com a realidade, sendo possível, à vista do conjunto probatório, se reconhecida a prática do crime, estabelecer um mínimo do valor dos danos numa situação como a posta nos autos.

Segue a discussão para delimitar qual a *natureza dos danos* a serem objeto de quantificação na sentença. E agora, sem curvar-se à maioria, entende-se tratar tanto de danos materiais quanto morais<sup>23</sup>, tal e qual disposto na lei civil.

Da leitura do dispositivo não se encontra restrição à fixação somente dos danos materiais. Até porque, delitos há que não deixam vestígios, nem causam prejuízo material direto, mas forte abalo moral. A propósito, um roubo, no qual tenha havido início dos atos de execução, submetendo a vítima, em sua própria casa a atos de violência e/ou grave ameaça que, por circunstâncias outras, não haja a subtração, deixa marcas indelévels, não raro, levando os ofendidos a obrigatório acompanhamento médico ou psicológico para restaurar seu equilíbrio emocional.

PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. ART. 157 DO CP. ASSALTO A AGÊNCIA DOS CORREIOS. CONDENAÇÃO AMPARADA PROVAS JUDICIAIS. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO VERIFICADA. REPARAÇÃO DO DANO. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. DANO MATERIAL. DANO MORAL. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA PARA O CUMPRIMENTO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO RÉU. (...). 3. A reparação mínima do dano causado pelo crime, criada pelo art. 387, IV, do CPP (redação da Lei n. 11.719/08), é forma de estabelecer quantum líquido mínimo já na sentença criminal, garantindo maior grau de justiça no reparo do crime. Precedente. Hipótese em que mantida a reparação mínima pelo dano material (comprovado nos autos) e pelo dano moral. 4. Tomando em conta os três elementos reconhecidamente essenciais na definição da responsabilidade civil - a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro - a questão colocada neste feito se amolda aos parâmetros jurídicos do dever de responsabilização dos réus em face dos prejuízos sofridos pelas vítimas, pois resta extrema de dúvidas o sofrimento psíquico e moral a que foram submetidos quando mantidos em cárcere privado sob a mira de arma de fogo. 5. (...). (TRF4, ACR 5007383-91.2012.404.7107, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 21/08/2013<sup>24</sup>)

---

jurisprudência[20], sem maiores celeumas, como hipótese de pedido implícito, a ensejar um cúmulo objetivo ex vi legis.”

<sup>23</sup> A propósito, o anteprojeto do CPP, de 2009, que tem servido de material para as minirreformas do nosso atual CPP, contempla no artigo 79, a possibilidade da “recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal”, a partir de pedido expresso da vítima, que tem seus direitos alinhados nos artigos 88 a 90. Também, determina que “A reparação dos danos morais arbitrada na sentença penal condenatória deverá ser considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total da indenização devida pelos danos causados pelo ilícito.” - In: Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p.

<sup>24</sup> Disponível em [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br), acesso em ago 2015.

É uma situação em que não se pode dizer que houve um prejuízo material direto – a subtração foi frustrada – mas há possibilidade de quantificar os prejuízos suportados pela vítima em decorrência do ilícito. Basta uma instrução minuciosa, com perguntas pelas partes e, sendo necessário, complementadas pelo Juiz Presidente do ato (art. 212, parágrafo único, CPP), porque o Juiz precisa de elementos para formar sua convicção quanto à quantia que tem a obrigação de fixa-los em valores, em condenando. Ou, ainda, a juntada de tabelas de honorários profissionais.

Todavia, tem-se observado uma tendência, não justificada em termos legais ou conceituais, de restringir o alcance do dispositivo aos danos meramente materiais. Se muito se fundamenta na qualidade de “discussão própria” a ser desenvolvida no cível, sugerindo uma de prova diversa da possível de ser produzida no campo penal.

APELAÇÃO CRIME. ROUBO SIMPLES. (...). 4. VERBA REPARATÓRIA. ART. 387, INC. IV DO CPP. Nos termos do art. 387, IV do CPP, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, redação dada pela Lei nº 11.719, publicada em 23.06.2008 e com vigência a partir de 22.08.2008. Delito praticado já sob a égide da nova lei. Efeito obrigatório da sentença condenatória, cuja observância é cogente, desde que haja prejuízo concreto demonstrado no processo, ao qual a defesa tem pleno acesso. Peça incoativa que se limitou à descrição da subtração dos bens recuperados, ainda que tenha a vítima referido o arrebatamento de outro celular, que não lhe foi devolvido. Limites da imputa Dano moral abarcado pelo sentenciante no decreto condenatório, que não pode ser definido em sede criminal, porque demanda discussão própria, não prescindindo do contraditório e devida comprovação, o que só se mostra viável no juízo cível. Verba reparatória mínima afastada. (...). (Apelação Crime Nº 70041807181, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 20/04/2011)

Na lição de Mirna Cianci<sup>25</sup>, “o reconhecimento do dano moral depende da verificação do efetivo abalo causado à esfera ideal do ofendido. A exigência da prova do fato, do nexo de causalidade e da culpa, em se tratando de ato ilícito ou da anormalidade, em caso de ato lícito, são os requisitos mínimos para a persecução da reparação moral”. Esta prova é exatamente a produzida para firmar a responsabilidade penal (existência do fato e responsabilidade do réu pela causação do resultado típico), em nada onerando o Juízo inserir no curso da instrução, elementos de indagação sobre o “abalo causado à esfera ideal do ofendido” pelo ilícito suportado.

Advirta-se que a partir de 2008, a atuação das partes no processo penal foi alargada (art. 212, CPP, por exemplo), ficando o juiz como destinatário da prova (e não mais gerente direto de produção). Assim, lançado o pedido pelo autor, da fixação do valor mínimo para a reparação dos danos (ou mesmo entendendo ser cogente o dispositivo), vá ele buscar fazer prova da materialidade e autoria do delito e mais, dos efeitos que o fato teve sobre a pessoa do ofendido, para fornecer parâmetros para os fins do artigo 387, IV, do CPP. A defesa, valendo-se do contraditório, que rebata o pedido e suas provas, sob pena de, havendo condenação, arcar com todos seus consectários.

Embora instituto do direito civil, ao ser transportado para o processo penal, a apuração dos danos não gera discussão maior do que teria dentro da instrução regular do processo. Note-se que o CPP permite a produção de todas as provas lícitas possíveis – sejam testemunhais, periciais, documentais – dentro do limite temporal proposto pelo procedimento estabelecido. Nada diferente do que se teria no juízo cível. Exceto pelo valioso cuidado com o ofendido, na tentativa de abolir a vitimização secundária ou sobrevitimização, tirando a sensação de eternidade, de múltiplos processos, para solução do mesmo fato<sup>26</sup>, ao se resolver no mesmo Juízo e com o aproveitamento da mesma prova, tanto a parte penal quanto a reparação civil.

Esta miscelânea de institutos não é novidade no processo. Destaque-se que em caso de condenação de alguns crimes próprios, o juiz criminal decide sobre a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, matéria de cunho civil, ou da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, de cunho administrativo e/ou trabalhista (art. 92, I e II, CP).

Assim, sem limitação legal dos danos a serem reparados – os prejuízos podem ser tanto materiais quanto morais – é de se postular o atendimento o mais abrangente possível dos interesses da vítima, tanto quanto se vela pela

<sup>25</sup> CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 444 – sem grifo no original.

<sup>26</sup> A propósito: CARVALHO, Sandro C L., e LOBATO, Joaquim H.C. **Vitimização e processo Penal**. In: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13746-13747-1-PB.pdf>

obediência aos postulados favoráveis ao réu, buscando, a fixação, mesmo que mínima, também dos danos morais, quando for o caso (art. 186, CC).

Os valores fixados em sede penal, se não atenderem aos interesses do ofendido permitem que este busque complementação no cível. Caso contrário, será aqui satisfeito e a resposta penal dada em sua inteireza, restando cumprida, também, a função ministerial de fiscalizar a execução da Lei (art. 257, II, CPP).

A propósito, a jurisprudência e a literatura especializada tem fornecido parâmetros para conceituar e mensurar dano desta natureza, não se podendo dizer arbitrária a fixação, desde que oportunizado o contraditório e ampla defesa – com a colocação da matéria em discussão durante a instrução do processo – e fundamentação da sentença no material doutrinário e jurisprudencial disponível.

#### CONCLUSÃO:

1. O artigo 387, IV, do CPP é norma cogente e independe de pedido expresso da parte para que haja fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos causados pelo ofendido. Como fiscal da lei, o MINISTÉRIO PÚBLICO deve buscar o reconhecimento desta natureza.

2. Todavia, nesta altura do amadurecimento do instituto, em atendimento aos interesses da vítima, e também como para estabelecer um contraditório inicial, há de fazer constar expressamente na denúncia que o ofendido suportou prejuízo por conta do delito e, nos requerimentos, destacar o artigo 387, IV, do CPP. Da mesma forma, nas alegações finais, é de se reforçar o pedido da condenação específica, indicando o que foi produzido de prova neste sentido.

3. No decorrer da instrução processual, o autor da ação penal deve motivar a produção da prova acerca dos danos causados pela infração, formulando perguntas ao ofendido e, sendo possível, buscar documentos comprobatórios dos danos materiais e/ou morais a juntar no processo.

4. A ausência de prova material dos danos causados pela infração não impede a aplicação do artigo 387, IV, do CPP, devendo o juiz guiar-se pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, frente ao fato narrado na denúncia e a prova produzida no caderno.

5. Somente a prova da reparação anterior impede a aplicação do artigo 387, IV, do CPP, devendo assim ser declarado na sentença. Pode a defesa opor-se a valores apresentados, mas na falta de reparação prévia comprovada, não exclui a incidência do dispositivo.

6. Da mesma forma, a discussão cível em andamento sobre os danos causados pela infração não afasta a incidência do dispositivo, invocando-se, por analogia, o artigo 45, § 1º, parte final<sup>27</sup>, do CP.

7. O artigo 387, IV, do CPP abrange tanto a reparação por danos materiais, quanto por danos morais.

---

<sup>27</sup> O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

***AUTORRESPONSABILIDADE PENAL  
DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES  
AMBIENTAIS: ASPECTOS PRÁTICOS DA  
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO***

*FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI  
ANDRESSA CHIAMULERA*

A autorresponsabilização penal da Pessoa Jurídica em crimes ambientais não exclui a codelinquência com pessoas físicas e harmoniza-se com a lei 9605/98, desde que comprovada a ocorrência de decisão tomada por pessoa/órgão no ápice da pirâmide hierárquica, no interesse ou benefício do ente coletivo.

AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES AMBIENTAIS:  
ASPECTOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fábio André Guaragni<sup>1</sup>

Andressa Chiamulera<sup>2</sup>

**SÍNTESE DOGMÁTICA:** A autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, recentemente afirmada no âmbito do STF, não exclui a coautoria ou a participação de pessoas físicas, desde que comprovada a ocorrência de decisão tomada por pessoa/órgão em posição apical (ápice da pirâmide hierárquica), no interesse ou benefício do ente coletivo. À vista deste modelo de imputação, os agentes ministeriais devem orientar a Polícia Militar órgãos ambientais de fiscalização para que registrem de qual pessoa ou órgão partiu a ordem que resultou na prática do delito ambiental e se a decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica, documentando os nomes dos empregados, gravando em vídeo a abordagem, qualificando funcionários que possam esclarecer a origem da ordem, dentre outros procedimentos.

**1. Introdução: os problemas probatórios alusivos ao modelo de heterorresponsabilidade penal do ente coletivo**

Diante de uma política criminal preocupada com a necessidade de prevenir e punir danos ao meio ambiente de forma plena e eficiente, a Constituição da República de 1988 traz expressamente a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas em crimes ambientais em seu artigo 225, § 3º.<sup>3</sup> Nesse sentido, cumpre apontar que:

A Carta Constitucional de 1988 constituiu, através da redação do art. 225, 3º, autêntica cláusula constitucional criminalizadora, ao erigir a submissão da pessoa jurídica a sanções penais como mecânica político-criminal de tutela do meio ambiente, enquanto bem jurídico-penal supra-individual difuso. Nesse passo, o discurso constitucional corre em paralelo aos fundamentos político-criminais da incriminação de corporações e empresas. Legitimou, de logo, o legislador infraconstitucional a adotar mecanismos de responsabilização penal da corporação, aos moldes do que o art. 3º da Lei 9605/98 previu no particular campo do direito penal ambiental.<sup>4</sup>

Acima sugeridos, os fundamentos político-criminais da responsabilidade penal do ente coletivo radicam, dentre outros, na: a) hipertrofia dos riscos derivados dos processos fabris e da necessidade de controle do grande produtor deles, modo geral, o ente coletivo empresário; b) na necessidade de contenção do ente coletivo como agência de poder ocupante de espaços deixados pelo Estado (reconhecendo-se este como estrutura de poder declinante, sobretudo porque “na realidade de nossos dias, a maior parte dos delitos de negócios ou delitos econômicos são cometidos com ajuda de uma empresa, e o crime organizado se serve da maior parte das

<sup>1</sup> O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Realizou ciclo Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano. É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE e LFG/Anhanguera.

<sup>2</sup> A autora é Promotora de Justiça no Estado do Paraná.

<sup>3</sup> “(...) teleologicamente, a norma declara que devem ser *somados* os campos de exercício do poder punitivo estatal – administrativo sancionador e penal – para todos os tipos de infratores. A norma pretende, com isso, maximizar a tutela do ambiente”. (BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 95).

<sup>4</sup> GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, p. 34.

instituições da vida econômica: estabelecimentos financeiros, sociedades de exportação ou de importação, etc.”<sup>5</sup> (TIEDEMANN); c) na percepção de que a atividade empresária, quando produz impactos negativos, atinge bens supraindividuais, coincidindo com o reconhecimento de direitos de segunda e, principalmente, terceira dimensão, afirmados constitucionalmente como destinatários de proteção eficiente, inclusive através do direito penal.

Dando eco à normativa constitucional e aos fundamentos político criminais citados, o artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 estabelece os requisitos que permitem a responsabilização do ente coletivo:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (grifou-se).

Ao analisar a mencionada legislação federal, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça segue no sentido de que, para que haja a responsabilidade da pessoa jurídica em crimes ambientais, é imprescindível a imputação simultânea a uma pessoa física que atua em seu nome e em seu interesse/benefício.

Por outras palavras:

(...) para a responsabilização do ente coletivo, é preciso que se ofereça a denúncia também em face da pessoa física que, em posição apical dentro do ente, foi responsável pela tomada de decisão conducente à infração. Há, pois, necessidade de se formar um litisconsórcio passivo entre a empresa e o ser humano, eis que a ação humana seria um pressuposto para a imputação do crime à empresa.<sup>6</sup>

O REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 13/06/2005 é indicado como “o julgado que mais deixa claro o teor do entendimento da Corte”<sup>7</sup>. Como exemplo mais recente da adoção desse entendimento é possível citar o RMS 37.293/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 09/05/2013.<sup>8</sup>

Tem-se, então, tanto por parte da doutrina como pela maioria da jurisprudência, um modelo de heterorresponsabilidade que:

(...) funda-se na ideia de que a pessoa jurídica não dispõe de aspecto volitivo próprio, o que a torna dependente de elementos subjetivos da pessoa física que a representa, caracterizando, assim, a *responsabilidade por empréstimo, por ricochete, subsequente, por rebote, indireta*, uma vez que o ente coletivo vale-se do aparato psíquico da pessoa natural para sua manifestação volitiva.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Grijley, 2007, p. 92.

<sup>6</sup> GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, p. 126.

<sup>7</sup> BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, p. 34.

<sup>8</sup> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS.

1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciadas tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física - quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio.

2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente.

3. Recurso ordinário provido, para declarar a inépcia da denúncia e trancar, conseqüentemente, o processo-crime instaurado contra a Empresa Recorrente, sem prejuízo de que seja oferecida outra exordial, válida. Pedidos alternativos prejudicados.

(RMS 37.293/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013 – grifou-se)

<sup>9</sup> GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica..., p. 126.

Esse modelo de responsabilidade por ricochete sofre críticas: aponta-se que, para além de um “eufemismo para disfarçar uma responsabilidade penal objetiva”<sup>10</sup>, afronta o princípio da culpabilidade e, “por isso, resulta completamente insustentável em um Estado que se pretende democrático”.<sup>11</sup> Estas críticas permitem o debate, ao abrirem-se no mínimo ao seguinte contraponto: a vedação da responsabilidade objetiva pura concerne ao direito penal respectivo a seres humanos, e não às pessoas jurídicas, que não possuem estrutura psíquica nem se constituem como entes morais.

Em relação aos seres humanos, a gradual solidificação da necessidade da responsabilidade subjetiva representou a correlata ruptura com uma cosmovisão teocêntrica, atributiva de todos os acontecimentos à vontade divina. A vontade humana não era percebida nem tinha valor. Todo o fato mundano era interpretado no afã de revelar a vontade dos deuses. Neste contexto de plena valorização do mágico, “não há um obstáculo principiológico de levar todo o problema causal ao âmbito do sobrenatural e responder a qualquer conflito, enquanto destino decidido por deuses, com sacrifícios aos deuses”.<sup>12</sup> A valorização do pensamento e da vontade humana, que repercute em direito penal pela via da vedação de responsabilidade objetiva pura, vem: a) da filosofia cristã, moldando o ser humano como dotado de liberdade (livre arbítrio)<sup>13</sup>; b) da própria modernidade, assentada no *cogito* cartesiano ou na relação entre saber e poder, estabelecida por BACON na obra “*Novum Organum*”, de 1620, que demarca o surgimento “das ciências da natureza”<sup>14</sup> (JAKOBS).

Em relação às pessoas jurídicas, de todo alheias ao resumido percurso histórico acima evocado, a culpabilidade pode ser construída sobre pilares diversos daqueles que partem da subjetividade humana, sem qualquer violação de princípios jurídico-penais.

Anote-se, por fim: é certamente possível abdicar de uma estrutura de culpabilidade, impondo a entes coletivos medidas de segurança. Esta saída simplifica os problemas derivados de aspectos do princípio da culpabilidade, contornando o debate. Porém, dá-se uma conseqüente abdição do desenvolvimento dogmático de exculpantes que poderiam levar ao afastamento de qualquer sanção penal sobre o ente coletivo. E tais exculpantes são certamente necessárias, do ponto de vista de pretensões de justiça, segundo as circunstâncias de cada caso concreto.

Na prática cotidiana do Ministério Público, é certo que um modelo de autorresponsabilidade facilitaria o manejo das provas. Em crimes empresariais, num modelo de produção em que, “junto a uma crescente divisão do trabalho, entidade coletivas tomam o lugar de empresas individuais”<sup>15</sup> (TIEDEMANN), a produção da prova encontra obstáculos derivados de um corriqueiro emaranhado organizacional, a combinar-se com o intenso cruzamento de cursos causais dentro do ambiente corporativo. Estes cursos, a seu turno, entretecem-se com cursos causais externos ao ente coletivo, mas a ele ligados (como ações de fornecedores, consumidores e parceiros negociais diversos)<sup>16</sup>. Tudo dificulta a individualização de condutas<sup>17</sup> de seres humanos posicionados

<sup>10</sup> BUSATO, Paulo César. *Autoria e participação nos delitos...*, p. 97.

<sup>11</sup> *Idem Ibidem*.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 30.

<sup>13</sup> GARRAFA, Volnei e, SELETTI, Jean Carlos. *As Raízes Cristãs da Autonomia*. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 19-22, demarcando a diferença de concepção de PELÁGIO, para quem o homem tem livre arbítrio e o pecado é um “ato isolado de vontade”, frente à de SANTO AGOSTINHO, que entende o ato de rebeldia humana contra Deus, causador da expulsão do paraíso, como ato livre, condutor – todavia – a um posterior estágio de alma corrompida pelo pecado e por ele guiada num “servo-arbítrio” (“não posso não pecar”, dizia) que só pode ser superado pela salvação. Com ela, há um resgate do livre-arbítrio. Os autores anotam, ainda, que livre-arbítrio não deve ser confundido com liberdade formal, pois é “capacidade do ser humano de fazer o bem”, e não uma qualquer liberdade de agir sem expressar “juízo de valor” (op. cit., p. 18).

<sup>14</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>15</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Grijley, 2007, p. 91.

<sup>16</sup> SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 30-31: “...a peculiaridade da sociedade industrial estriba unicamente no extraordinário incremento das interconexões causais. Pois devido à extremamente densa rede de industrialização existente, em muitos âmbitos resulta impossível explicar, por exemplo, a produção de danos na saúde dos habitantes de uma determinada zona através de uma só relação de causalidade, com base na



no vértice piramidal das pessoas jurídicas. Aliás, esta evidência é multipercebida. “A dificuldade que existe acerca da identificação de pessoas físicas responsáveis por uma infração, tendo em conta a estrutura complexa das empresas” foi uma das bases da recomendação oriunda do Conselho Europeu (R (88) 18, 20 de outubro de 1988) para que os países membros da União Europeia sancionassem penalmente o ente coletivo<sup>18</sup>.

Porém, esta individualização é necessária em modelos de heterorresponsabilidade do ente coletivo. Funciona como pressuposto para que a pessoa jurídica sofra a imputação (é o modelo chamado na jurisprudência de “sistema ou teoria da dupla imputação”<sup>19</sup>). A correlata dificuldade probatória cria um quadro que frustra a intenção expressa do constituinte originário de garantir proteção eficiente ao meio ambiente, enquanto bem jurídico-penal. Foi essa a linha de raciocínio empregada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 548181, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe-213, publicado em 30/10/2014, cuja ementa descreve que:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.

2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.

3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – grifou-se)

Assim, com base nesse novo<sup>20</sup> entendimento jurisprudencial é que a presente tese tem por objetivo apontar a possibilidade de modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, bem como sugerir encaminhamentos práticos que podem ser adotados nas Promotorias de Justiça que lidam com crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas.

## 2. Fundamentos e possibilidades de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica

---

qual se pudesse identificar, por exemplo, a emissão de substâncias tóxicas por parte de determinada fábrica como causa. Pelo contrário, é característico da sociedade industrial atual a existência de relações causais múltiplas...” Esta multiplicidade de elos causais aparece, também, por força do conjunto vertical e horizontal de posições compositivas da organização.

<sup>17</sup> GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica..., p. 128.

<sup>18</sup> Cf. refere BACIGALUPO, Enrique. “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo”. Em BACIGALUPO, Enrique (coord.). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 66-67.

<sup>19</sup> É possível diferenciar a “dupla imputação” da responsabilidade penal por ricochete. “Nesta, a responsabilização do ser humano conduz à responsabilização da pessoa jurídica; esta depende daquela. Nos sistemas de dupla imputação, há imputação do crime como obra da pessoa natural e da pessoa jurídica, sem que uma imputação dependa de outra ou por ela passe”. GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. A Lei 9605/98 e o modelo de imputação do crime à pessoa jurídica: estudo de casos. Em: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COSTA, Rodrigo de Souza; PIREZ, Wagner Ginotti (coords). *Direito Penal e Criminologia*. Publicação XXI CONPEDI. Florianópolis: Editora FUNJAB, 2012, p. 10.

<sup>20</sup> Não se desconhece a menção no RE 628582 Agr, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-194, Publicado em 10/10/2011, de que a responsabilização penal da pessoa jurídica independia da responsabilização da pessoa natural, contudo, o voto de relatoria da Ministra Rosa Weber aborda o tema de maneira mais direta e aprofundada.

Como visto acima, a possibilidade de autorresponsabilização penal da pessoa jurídica decorre da própria Constituição da República, que não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. De outra parte, o artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 9.605/1998 também induz a essa conclusão, isso porque:

O dispositivo afirma que a responsabilidade dos entes coletivos não exclui a das pessoas naturais autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. Teria lógica esta previsão num modelo de heteroresponsabilidade? Não, pois o caput do art. 3º, automaticamente, *implicaria a responsabilidade das pessoas físicas responsáveis pela decisão*. Noutros termos: pelo caput, mais que não excluída, a responsabilidade dos seres humanos estaria *implicada*. Afinal, sem ela, não há o que ricochetear no ente coletivo. Sendo assim, o parágrafo único do art. 3º seria disposição ociosa, pois – a partir do caput - sempre haveria responsabilidade da pessoa natural para, daí, existir a da pessoa jurídica. Não haveria porque advertir o intérprete de que a responsabilidade do ente coletivo não exclui a da pessoa natural. Todavia, quando o parágrafo assim proclama, é porque do caput do art. 3º deriva a possibilidade do ente coletivo ser responsabilizado de modo autônomo – autorresponsabilidade penal. Quando isto ocorre, não se exclui a responsabilidade dos substratos humanos vinculados ao mesmo evento delitivo. Esta é a lógica embutida no parágrafo único do art. 3º.<sup>21</sup>

Importante deixar claro que a possibilidade de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica não implica na desnecessidade da análise das condutas das pessoas físicas que atuam na empresa, visto que a comprovação de que houve a (i) prática de infração criminal prevista na Lei 9.605/98 por (ii) decisão por parte de alguém ou de órgão em posição apical no (iii) interesse ou benefício da entidade são os três requisitos que permitem a responsabilização da pessoa jurídica (artigo 3º, *caput* da *lex specialis*).

Para a verificação de que a decisão para o cometimento da infração partiu de representante legal, representante contratual ou órgão colegiado, a prova respectiva em regra passa pelas informações contidas no ato constitutivo da pessoa jurídica (contrato social ou estatuto), indicativo dos seres humanos em posição apical, no boletim de ocorrência ou no auto de infração ambiental relativo ao delito em questão. Porém, para o bom sucesso da pretensão punitiva, é prudente o reforço deste material probatório, sobretudo para afrontar a repetida orientação de que a só posição de sócio no ato constitutivo empresarial não basta para constituir a responsabilidade objetiva e subjetiva, conquanto seja indício do qual a investigação deva partir. Uma providência com forte valor probatório – e altamente recomendável, neste contexto - é a oitiva de funcionários da empresa para que esclareçam de qual pessoa ou órgão partiu a ordem que resultou na prática da infração ambiental. Em especial, devem ser ouvidos os executores do ato e, apontando o emissor da ordem, este, seguindo-se sucessivamente na hierarquia de mando. Convém, mais ainda, ouvir ex-funcionários: não estando premiados pela subordinação ou mesmo pelo puro interesse em não prejudicar a empresa (e manter o emprego), podem trazer relatos de melhor qualidade probatória. A localização de ex-funcionários, empregados no ente coletivo ao tempo do ato, pode ocorrer de vários modos, v.g., através da Relação de Empregados do FGTS da época do ato, comparada à relação mais recente que possa ser obtida durante a investigação, vindo ambos os documentos por simples requisição ministerial.

Note-se que a organização societária pode compor-se de órgão colegiado no ápice da pirâmide. Nestes casos, ainda que a prova testemunhal não revele o exato ser humano que deu a ordem de comando, a indicação de que a ordem/decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica é suficiente para o preenchimento do requisito do art. 3º (decisão do órgão colegiado). Ou seja, “o Ministério Público poderá imputar o crime às pessoas naturais e à pessoa jurídica, juntos ou separadamente. A opção dependerá do caso concreto”.<sup>22</sup> Cumpre salientar

<sup>21</sup> GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Reponsabilidade penal da pessoa jurídica..., pp. 136-137.

<sup>22</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72.

que as “pessoas físicas efetivamente podem ser coautoras ou partícipes do delito da pessoa jurídica, mas sua falta não afasta, de modo algum, a responsabilidade destas, pois às pessoas jurídicas é perfeitamente possível atribuição, vontade e dolo completamente independentes das eventuais ações, vontades e dolo das pessoas físicas”<sup>23</sup>, uma vez adotada a exegese de que o art. 3º da Lei de Crimes Ambientais amolda-se ao modelo de autorresponsabilidade penal.

A necessidade de complementar as informações obtidas mediante o acesso aos atos constitutivos da empresa, como o contrato social, vem ainda de outro ponto: o fato de que a decisão deve ser tomada por pessoas que materialmente estejam atuando como representantes legais, contratuais ou membros do órgão colegiado, e não apenas formalmente, pois é a estrutura organizacional da pessoa jurídica que enseja a atuação da pessoa física.<sup>24</sup> É “preciso que a existência real do ente coletivo dê ensejo, oportunize o exercício da decisão que resulta em infração ambiental. É o quanto basta para este conteúdo material estar presente”.<sup>25</sup>

Quanto ao requisito do “interesse ou benefício” da entidade coletiva, um estudo de direito comparado com a normativa italiana concernente à responsabilidade administrativa dos entes coletivos decorrente de crimes (na Itália exige-se “interesse ou vantagem” para a responsabilização do ente coletivo – Lei 300, de 29/09/2000 e Decreto Legislativo 231, de 08/06/2001) traz soluções interessantes para o desenvolvimento doutrinário, uma vez que o “benefício” descrito na legislação brasileira pode ser entendido como a “vantagem” da legislação italiana.

O critério de exegese de que não existem palavras inúteis no texto legislativo faz do “interesse” e do “benefício” mencionados no *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 “permissivos autônomos, não cumulativos, de imputação de responsabilidade”.<sup>26</sup> Ou seja, com a configuração de um ou de outro, o requisito está preenchido – mesmo que o fato ocorra por interesse da pessoa física com poder de decisão e com benefício fortuito ao ente coletivo, ocorre a responsabilidade da pessoa jurídica.<sup>27</sup> Tanto o “interesse” como o “benefício” da pessoa jurídica podem ter conteúdo econômico ou de outro gênero, visto que a lei não faz essa distinção; de outra parte, o artigo 15, inciso II, alínea “a” da Lei nº 9.605/1998 prevê como circunstância agravante da pena o fato de o agente ter cometido o crime para obter vantagem pecuniária, o que revela a possibilidade de que o crime possa ser cometido para obtenção de outro tipo de vantagem que não seja a pecuniária.<sup>28</sup>

A diferença entre o “interesse” e o “benefício” é que aquele deve ser avaliando *ex ante factum*, uma vez que “a tomada da decisão conducente à infração dá-se no início da prática delitiva”<sup>29</sup>; essa decisão deve ser “idônea objetivamente à produção de rendimento de qualquer natureza”.<sup>30</sup> Já o “benefício” (assim como a “vantagem” no Direito Italiano) deve ser analisado *ex post factum* e também de modo objetivo: ganho pecuniário, redução de custos, incremento da capacidade de concorrência, da capacidade de produção e distribuição, entre outros; desse modo, “(...) uma infração, derivada de decisão dos agentes em posição de

<sup>23</sup> BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos..., p. 109.

<sup>24</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 137-138, sustenta a necessidade de que a pessoa física atue dentro da “esfera de atividade da empresa (...) com o auxílio de seu poderio, o qual é resultante da reunião das forças econômicas agrupadas em torno da empresa”.

<sup>25</sup> BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica...*, p. 128.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>27</sup> “Veja-se: se a empresa possui em seu terreno, parcialmente, área de preservação permanente, e o representante legal manda derrubar parte da floresta para usar a madeira em construção de uma casa de campo – sem nenhum interesse para o ente – e, todavia, isto implica um conforto de espaço de manobra de veículos para todos, funcionários, fornecedores e dirigentes, de modo que o ente angaria fortuita vantagem, este fato é capaz de gerar a responsabilidade do ente. Afinal, a ordem de derrubada da floresta deu-se a partir da posição de representante legal. Um estranho, alheio ao ente, nada ordenaria e, acaso ordenasse, não seria atendido”. *Idem*, p. 128.

<sup>28</sup> *Idem*, pp. 123-124. A obra cita um exemplo de benefício que não leva à direta vantagem pecuniária, qual seja, a “destruição de floresta em área de preservação permanente (crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998) para a extensão de um vestiário da empresa, por exemplo, visando maior conforto para os operários (...) trata-se de fato praticado no benefício da empresa, considerado o bem-estar dos empregados como fator motivacional positivo para o trabalho. Assim, é válido qualquer tipo de interesse ou benefício”.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 125.

<sup>30</sup> *Idem Ibidem*.

comando citados no art. 3º, que renda em favor do ente, de modo financeiro ou diverso, será suficiente à caracterização da responsabilidade”.<sup>31</sup>

Com a configuração de uma decisão tomada por pessoa/órgão em posição de comando, no interesse ou benefício do ente coletivo, é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, a qual – em modelos de autorresponsabilidade penal, como o sinalizado pelo recente julgado da Excelsa Corte - pode ser denunciada sozinha ou juntamente com a(s) pessoa(s) física(s) coautora(s) ou partícipe(s) do crime ambiental, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, cabe destacar que a possibilidade de autorresponsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais insere-se em um contexto pós-finalista, no qual a ideia fundante do sistema analítico de crime é a função do direito penal, e não mais o conceito de conduta, pois este passa de ideia fundante para categoria dogmática consequente.<sup>32</sup> Assim, ocorre uma adaptação da teoria do crime para que seja possível a responsabilização da pessoa jurídica, já que “atribui-se ao direito penal a função de proteger os bens jurídicos contra catástrofes antecipadas pelas coletividades humanas (super expostas, através da *mass media*)”.<sup>33</sup> Como exemplos de ajustes da teoria do crime para que a pessoa jurídica seja a respectiva “praticante”, pode-se citar a Teoria da Ação Institucional de David Baigún<sup>34</sup>, a adoção do conceito significativo de ação de Tomás Salvador Vives Antón<sup>35</sup> e a noção de culpabilidade por déficit de organização de Carlos Gomes-Jara Díez<sup>37</sup>. As duas primeiras permitem construir uma ação do ente coletivo, em lugar da conduta humana, como ponto de partida da teoria do delito (no caso da ação significativa, fala-se em tipos de ação, em lugar de ações típicas). Já o déficit organizacional para prevenir crimes e correlatos danos e perigos de dano serve como suporte para a reprovabilidade da pessoa jurídica, constituindo o fundamento material da culpabilidade, enquanto estrutura do conceito analítico de crime.

### 3. Conclusão

A partir da possibilidade de autorresponsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais – que não exclui a coautoria ou a participação de pessoas físicas – desde que comprovada a ocorrência de decisão tomada por pessoa/órgão em posição apical (ápice da pirâmide hierárquica), no interesse ou benefício do ente coletivo, sugere-se a adoção dos seguintes encaminhamentos práticos que podem ser adotados nas Promotorias de Justiça que lidam com crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas:

1) Orientações via ofício ou por meio de reunião com a Polícia Militar (em regra, Polícia Militar Ambiental) e com o órgão ambiental de fiscalização (como o Instituto Ambiental do Paraná, o IBAMA e a Secretaria Municipal do Meio Ambiente) para que:

1.1) quando da vistoria e/ou atuação que impliquem em responsabilidade penal de pessoa jurídica, os agentes administrativo-fiscais questionem o funcionário presente no momento da abordagem sobre de qual pessoa ou órgão partiu a ordem que resultou na prática do delito ambiental e, caso não seja possível a

<sup>31</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>32</sup> GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. A Lei 9605/98 e o modelo de imputação..., p. 8.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>34</sup> BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

<sup>35</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

<sup>36</sup> Desenvolvendo esse tema, vale conferir BUSATO, Paulo César. *Autoria e participação nos delitos...*, pp. 103-109.

<sup>37</sup> GOMES-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

identificação precisa de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, questionem se a ordem/decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica ou se o funcionário agiu por interesse próprio, consignando o nome do empregado e a resposta no documento (auto de infração ou outro);

1.2) realizem a gravação em vídeo da abordagem;

1.3) qualifiquem outros funcionários que possam esclarecer que a ordem/decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica.

2) Em casos que envolvem danos ambientais consideravelmente extensos e complexos e/ou empresas de grande porte – ou, por razões diversas, a critério do órgão ministerial - é aconselhável a instauração de Procedimento Investigatório Criminal para garantir uma investigação mais célere, já que, em regra, os inquéritos policiais e termos circunstanciados não são concluídos com a devida celeridade, o que pode levar inclusive à prescrição dos crimes ambientais, cujas penas máximas dificilmente são superiores a 4 (quatro) anos.

3) Na fase investigativa, convém:

3.1) juntar documentos (contrato social, estatuto, ata das reuniões ordinárias e extraordinárias) que demonstrem quem são o(s) representante(s) legal(is) ou contratual(is) e os membros do órgão colegiado, os quais podem ser requisitados à própria pessoa jurídica, à Junta Comercial ou ao CAEx do MPPR (Centro de Apoio Técnico à Execução do Ministério Público do Estado do Paraná);

3.2) juntar as informações do Sistema Oráculo em nome da empresa e dos sócios/representantes legais (para apurar eventual reincidência ou *bis in idem*);

3.3) oitiva de funcionário(s) (de preferência aquele que estava presente no momento da abordagem da polícia e/ou do órgão ambiental) da pessoa jurídica para que informe(m) de qual pessoa ou órgão partiu a ordem que resultou na prática do delito ambiental e caso não seja possível a identificação precisa de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, se a ordem/decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica ou se o(s) funcionário(s) agiu(ram) por interesse(s) próprio(s).

4) A suspensão condicional do processo só poderá ser oferecida nos casos que envolvem crimes de menor potencial ofensivo definidos na Lei nº 9.605/1998 (pena máxima não superior a dois anos, ou multa), em razão da determinação expressa de seu artigo 28, o qual deve ser interpretado com base no comando constitucional que determina uma política criminal mais severa no âmbito dos crimes ambientais.<sup>38</sup>

5) Na denúncia, descrever a conduta da pessoa jurídica e da pessoa física de forma individualizada, apontando, no caso de autorresponsabilização da pessoa jurídica, a ocorrência dos dois requisitos do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 - decisão tomada por pessoa/órgão em posição de comando, no interesse ou benefício do ente

---

<sup>38</sup> Assinale-se que alguns autores consideram que o art. 28 da Lei 9605/98 não deve ser interpretado restritivamente, como dispositivo que diminui a amplitude da suspensão condicional no campo dos crimes ambientais. Neste passo, GRINOVER, Ada P. *et alii*. *Juizados Especiais Criminais*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 349, assinalando que a menção a infrações de menor potencial ofensivo, no art. 28 da Lei 9605/98, foi equívoco do legislador, como primeira exegese, ou que este quis ampliar o conceito respectivo para todo o crime com pena mínima não superior a um ano. Também há orientação jurisprudencial neste sentido. Todavia, nada autoriza esta conclusão de que o art. 28 ampliou o conceito de infração de menor potencial, para englobar, ali, os crimes com pena mínima até um ano, como bem conclui Cezar Roberto BITENCOURT (Aplicação alternativa ou substitutiva das penas restritivas de direitos nas Leis 9503/97 e 9605/98. In *Revista Jurídica*, n. 270, pp. 46-47, abril 2000) que, não obstante, entende deva haver interpretação restritiva. A rigor, além de nada evidenciar equívoco legislativo na redação do art. 28, tem-se que esta restrição da suspensão condicional do processo em tema de crimes ambientais encontra claro respaldo constitucional. É que o tratamento penal mais gravoso para crimes ambientais dimana da Magna Carta como indicação constitucional criminalizadora e do pano-de-fundo do princípio da vedação de proteção deficiente em matéria penal ambiental como nicho de criminalidade a ser combatido mais severamente.

coletivo. Na cota da denúncia é possível justificar a não inclusão de pessoa física que era mero executor, sendo comuns situações de erro de proibição.

6) Durante a audiência, questionar a testemunha (funcionário) sobre de qual pessoa ou órgão partiu a ordem que resultou na prática do delito ambiental e caso não seja possível a identificação precisa de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, questionar se a ordem/decisão teve origem na cúpula da pessoa jurídica ou se o funcionário agiu por interesse próprio.

#### 4. Referências Bibliográficas e Jurisprudenciais

- BACIGALUPO, Enrique. “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo”. Em BACIGALUPO, Enrique (coord.). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Aplicação alternativa ou substitutiva das penas restritivas de direitos nas Leis 9503/97 e 9605/98. Em: *Revista Jurídica*, n. 270, pp. 46-47, abril 2000.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Relator Min. Gilson Dipp, DJ 13/06/2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 05-08-2015.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no RMS 37.293/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 09/05/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 05-08-2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 548181, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe-213, publicado em 30/10/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 05-08-2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 628582 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe-194, Publicado em 10/10/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 05-08-2015.
- BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, pp. 89-119.
- GARRAFA, Volnei e, SELETTI, Jean Carlos. *As Raízes Cristãs da Autonomia*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GOMES-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad de la empresa*. Madrid: Marcial Pions, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *et alii. Juizados Especiais Criminais*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 1999.
- GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilasras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, pp. 33-49.
- GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. Em: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (orgs.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Volume 2. São Paulo: Federação do comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, pp. 121-146.
- GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. A Lei 9605/98 e o modelo de imputação do crime à pessoa jurídica: estudo de casos. Em: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COSTA, Rodrigo de Souza; PIREZ, Wagner Ginotti (coords). *Direito Penal e Criminologia*. Publicação XXI CONPEDI. Florianópolis, Editora FUNJAB, 2012.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SCHUNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Grijley, 2007.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- “autor

***PUBLICIDADE E INVESTIGAÇÃO  
CRIMINAL: CONTRIBUTO AO DEBATE  
SOBRE AS REGRAS DE SIGILO NA  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO***

*MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA*

A tese discorre sobre a articulação dos conceitos de Publicidade, Sigilo, Segredo de Justiça e Transparência no âmbito da Investigação Criminal direta do Ministério Público. Ao final, propõe a Intervenção Judicial na decretação do segredo de Justiça e a distinção entre segredo Interno e Externo.



## Introdução

No último decênio, o Ministério Público brasileiro, isoladamente ou em parcerias firmadas com outras instituições, aí incluídas as próprias polícias, tem desenvolvido trabalhos de investigação que vem alcançando resultados deveras satisfatórios<sup>2</sup>. Em geral, essas investigações entrecortam variados segmentos do direito, e não apenas, portanto, a área criminal. Um dos pontos de destaque dessas investigações é o fato de que elas vem atingindo estamentos sociais outrora tidos como intocáveis, num contexto de criminalidade organizada, quase sempre enraizada nas estruturas do Estado.

Parece haver um temor em certos setores do *establishment* de que o Ministério Público aprofunde sua política de atuação voltada para o combate à criminalidade do colarinho branco e ao desvio de dinheiro público, e por isso, há quem tente difundir o discurso falacioso de que a instituição estaria propensa a fomentar um verdadeiro Estado-policial, que vasculha a vida dos cidadãos e agentes públicos sem prestar contas a ninguém, um órgão desejoso de desfrutar de poderes hipertrofiados e de exposição midiática, que transforma investigação em devassa, e desse modo, que poderia vir a desestabilizar os pilares do Estado de direito democrático. Com o devido desconto dos exageros, registram-se, é bem verdade, reclamações de advogados quanto àquilo que seria uma dificuldade de acesso imediato aos autos de PIC – Procedimento Investigatório Criminal<sup>3</sup>. Segundo as regras em vigor, o membro do Ministério Público que preside o procedimento pode determinar a restrição de acesso aos autos, ou para usar a expressão do texto da Resolução n.º13/2006, do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, o “sigilo da investigação”, porém, sem qualquer controle externo sobre tal decisão. Também não parece suficientemente clara a distinção entre os possíveis níveis de sigilo que, em cada caso concreto, podem vir a ser reclamados na investigação criminal direta. Logo, evidencia-se que alguns aspectos problemáticos desse tema giram em torno da publicidade dos atos de investigação no PIC. Eis, afinal, o objeto deste estudo.

E desde logo afastado o propósito de ingressar na seara da discussão acerca da prestabilidade da Resolução n.º13/2006, certo é que ali se encontram as diretrizes básicas para a efetuação de investigação criminal direta<sup>4</sup>. Se normas constitucionais e legais conferem legitimidade ao Ministério Público para proceder a investigações autônomas, é a Resolução CNMP n.º13/2006 que fornece ao membro da instituição os parâmetros para formalização, condução e encerramento dessa modalidade de investigação.

Neste texto, pretende-se buscar respostas a indagações que reputamos pertinentes, e ao mesmo tempo, oferecer um contributo para que seja conferida maior transparência, no sentido de efeito desejado mediante publicização de atos, e propostas de mudanças destinadas ao aperfeiçoamento dos mecanismos de controle interno e externo sobre a investigação criminal feita pelo Ministério Público. Para isso, a tarefa se resume em determinar o sentido da publicidade da investigação criminal conduzida de modo independente pelo Ministério Público, num cenário em que coexistem, em solo pátrio, outras atividades investigatórias em matéria criminal.

## 1. Publicidade e sigilo na investigação criminal: a busca pela eficiência com proteção de garantias

### 1.1. *Transparência, sigilo, segredo de justiça e publicidade*

O debate sobre a publicidade de atos de investigação criminal encontra-se inserido num contexto bem mais amplo, algo que diz respeito à relação entre o indivíduo e o Estado e o grau de participação do cidadão nos assuntos públicos. É possível identificar duas dimensões de implicação dos direitos individuais no âmbito de uma investigação criminal. O primeiro, de ordem material, tem que ver com a proteção de certos direitos fundamentais - intimidade, honra, imagem, e em especial para o investigado, o estado presuntivo de inocência, todos eles, decerto, fustigados no transcurso de uma investigação criminal, assim como o de acesso à

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará. Professor na ESMP/CE e FANOR. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Uma evidência desta assertiva é a recente divulgação, no Brasil, pelo DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao MJ - Ministério da Justiça, de um expressivo aumento (133%) de prisões, em cumprimento de pena, no período de 2008 a 2012, por crimes contra a administração pública, sabidamente, um dos nichos de atividade investigatória do Ministério Público (<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ crescem-prisoas-por-crime-contra-gestao-publica-no-pais>).

<sup>3</sup> Nos termos do art.1º, da Resolução CNMP n.º13/2006.

<sup>4</sup> No preâmbulo da Resolução CNMP n.º13/2006, o CNMP invocou a atribuição de “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*” (art.130-A, §2º, inciso I, CF). Opositores afirmam que a matéria somente poderia ser disciplinada em lei *stricto sensu*, e mais especificamente, em lei complementar.



informação, tanto por parte dos envolvidos como da mídia e do público em geral, a considerar que a agência encarregada da investigação é componente da administração pública. O segundo, de natureza instrumental, está relacionado a uma dicotomia que de certa maneira opõe, de um lado, a busca pela celeridade e eficiência na investigação, e de outro, a necessidade de resguardar tanto quanto possível aqueles direitos individuais.

O maior ou menor grau de publicidade conferido a uma investigação criminal é resultante da possibilidade, a ser determinada em cada caso concreto, de revestir a investigação com o manto do sigilo. A publicidade e o sigilo, termos semanticamente antagônicos, estão dispostos em diferentes âmbitos na investigação criminal em Estados de direito democrático, e isso, todavia, afasta um sentido de oposição imediata, recomendando a atribuição de uma significação conciliadora, capaz de promover um equilíbrio que garanta a proteção da intimidade do cidadão, a segurança da coletividade e a utilidade da atividade investigativa. O sigilo é uma característica consistente no encobrimento que se dá a uma atividade de investigação<sup>5</sup>. Assim, deveras importante ter em conta que a investigação é uma atividade condicionada pelas circunstâncias previamente conhecidas sobre o fato eleito para apuração, e que, por esse motivo, o agente de investigação deve gozar de certa margem de discricionariedade para a determinação dos direcionamentos do trabalho. Não é por outra razão que, diferentemente das regras procedimentais, a lei não cuida de preestabelecer um rito de investigação, mas antes disso, limita-se a definir as regras que devem ser observadas na efetuação de quaisquer diligências visando a proteção de direitos subjetivos. Nestes termos, o sigilo se coloca como um elemento de proteção, desde logo, para permitir a organização das diligências pela autoridade responsável, e depois, para resguardar o êxito da empreitada. Decerto, o sigilo é necessário para viabilizar a ação de colheita de provas, haja vista que a publicidade dessa ação pode prejudicar a apuração mesma do delito e de sua autoria. Por sua vez, a publicidade tem como consequência o acesso ao conteúdo dos atos de investigação. A publicidade recai em determinados momentos da investigação, quando as diligências ganham foros de formalidade. O sigilo se coloca num momento anterior e a publicidade vem *a posteriori* da diligência. Há, entretanto, um momento intermédio, que é a própria execução da diligência, em que os parâmetros legais exigem a prestação de certas informações ao interessado, como é exemplo a entrega de cópia do despacho da autoridade judiciária que determinou a diligência de busca e apreensão, ao mesmo tempo em que, de revés, não se presta qualquer informação sobre a conveniência ou motivos daquela ação<sup>6</sup>.

No direito brasileiro, a publicidade dos atos processuais é mais do que uma regra; constitui uma garantia importante para o indivíduo, na medida em que permite a efetividade do controle dos atos judiciais por qualquer cidadão<sup>7</sup>. Na investigação, a publicidade, além de encontrar outro fundamento, promove uma dinâmica diversa, em razão da natureza mesma da investigação criminal. No entanto, em ambos os casos, é por força da publicidade de atos processuais ou diligências investigatórias que se gera a oportunidade não só de conhecimento, mas, sobretudo, de controle, na forma da lei, da tomada de decisões, o que é inerente ao processo legal e da essência do Estado de Direito democrático. Entretanto, existem situações em que se pode afirmar, com certa tranquilidade, que o sigilo interessa ao próprio cidadão, para resguardar-lhe aspectos muito importantes na esfera de sua subjetividade, assim como à sociedade, por questões de segurança. O instituto do segredo de justiça ganha oportunidade de vir à baila justamente nessas situações, em que o interesse de fornecer informações a todos cede diante de um interesse público maior ou mesmo privado, em circunstâncias específicas. O segredo de justiça é um conceito que pressupõe o controle judicial, porque envolve direitos fundamentais daquelas pessoas de algum modo ligadas à investigação - investigado, vítima e testemunhas - a merecer adequada proteção.

O segredo de justiça consiste em manter sob sigilo processos judiciais ou, como no caso brasileiro, também investigações criminais, que normalmente são públicos, por força de lei ou de decisão judicial. Isso deve ocorrer apenas em casos excepcionais, quando se questiona matéria que envolva a intimidade das pessoas, com conteúdo de direito fundamental, como nos casos de sigilos de comunicação, fiscais e de dados. A publicidade pode receber diferentes gradações de restrição, a depender da natureza dos direitos postos em risco e dos atores envolvidos na investigação criminal. A aplicação do segredo de Justiça, quando não exigida diretamente pela lei, deve ser sempre avaliada com muita prudência pelo magistrado, nomeadamente, nas investigações criminais, cujo objetivo é colher elementos de provas, *grasso modo*, sem a interferência da defesa do investigado. No entanto, no direito brasileiro, não existe um procedimento específico para a decretação do segredo de justiça, apenas a permissão legal para que o magistrado o faça em determinadas circunstâncias<sup>8</sup>. E se não existem maiores formalidades para a sua decretação, o segredo de Justiça também pode ser suprimido quando não mais se justificar, concretamente, a sua manutenção, posto que, a partir de determinada fase processual, em lugar da preponderância do interesse particular das partes, sobreleva o interesse público da sociedade, que tem direito, em tese, de tomar conhecimento do que ocorre naquele processo, tudo a depender da conjuntura do caso concreto<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> No art.4º, inciso III, da Lei n.º12527/2011, encontra-se uma definição de informação sigilosa como sendo aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

<sup>6</sup> Cf. art.245, do CPP.

<sup>7</sup> Nesse sentido, a norma contida no art.5º, XXXIII, da CF, e ainda, os arts. 155 e 444, do CPC.

<sup>8</sup> Por exemplo, no que diz respeito ao ofendido, em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito, para evitar sua exposição aos meios de comunicação (art.201, §6º, CPP).

<sup>9</sup> Cf. STJ, CE, AgRg na AP 573/MS, Rel. Mina. Nancy Andrichi, j.29.6.2010.

Nesse contexto, os conceitos de sigilo, segredo de justiça e publicidade se articulam com o de transparência. Ao tratar dos princípios estruturantes do Estado, CANOTILHO (1993, p.429) assinala que um de seus problemas costuma designar-se por “democratização da administração”. Essa expressão pode significar, dentre outras coisas, transparência ou publicidade – aqui tomados pelo constitucionalista como sinônimos, ou pelo menos, conceitos muito aproximados - do processo administrativo, isto é, o direito de informação dos cidadãos sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados. Na investigação criminal, a transparência é o efeito que resulta da conjugação das características de sigilo e publicidade, ajustada com a ferramenta do segredo de justiça, e que é tanto maior na medida em que a atividade de investigação se faz conhecida. Podem ser utilizados mecanismos de contenção da publicidade, desde que tal providência não lance num precipício a transparência do procedimento investigatório, sob pena de ter-se recomposta uma famigerada investigação secreta, tão cara aos regimes autoritários, porém, vigorosamente rechaçada num ambiente democrático. BULOS (2007, p.799) coloca que a transparência, como sendo a lisura e neutralidade na tomada de decisões, no acesso às informações, na motivação de atos administrativos é um ponto nuclear do princípio constitucional da eficiência. Assim, a transparência se transmuda num princípio de atuação do Estado.

Lembra FARIA COSTA (2006, p.95) que a diminuição das garantias processuais é um dos aspectos que mais rapidamente se manifestam enquanto característica do Estado punitivo. Não por acaso é o direito processual penal visto como a mais sensível das sensitivas às variações mínimas das estruturas do poder. Hipotecam-se as garantias dos arguidos em prol de uma luta mais eficaz contra aquela criminalidade que abala os alicerces da comunidade democrática, mas que, ao fim e ao cabo, acaba por fazer esta mesma comunidade por em risco a democracia em que assenta. A restrição da publicidade, que repercute diretamente na transparência da investigação, feita em nome de sua eficiência, deve ser sopesada de modo a não anular as garantias processuais do indivíduo, sob pena de transformar-se em verdadeiro contrassenso.

No Brasil, a Lei n.º12527/2011<sup>10</sup> disciplina o direito constitucional de acesso à informação, cujos procedimentos devem ser executados em conformidade com princípios basilares da administração pública, entre os quais se incluem os da publicidade e da eficiência. Não há nenhuma regra de exceção a impedir a aplicação dessa lei à investigação criminal, apenas dispositivos que salvaguardam as situações de sigilo e segredo de justiça em suas especificidades, e por essa razão, entendemos que o PIC deve estar alinhado com os dizeres dessa lei<sup>11</sup>. Lembre-se que o CPP – Código de Processo Penal brasileiro não contém regras desse naipe. E em verdade, o Ministério Público vem arrolado expressamente como um dos destinatários dessa disciplina legal<sup>12</sup>. A lei cuida de ressaltar as situações de preservação do sigilo ou de segredo de justiça. De partida, é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, e ao mesmo tempo, controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção. O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que, no caso de investigação criminal, estejam envolvidos nela. Além disso, o acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo. Isto posto, não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, nomeadamente, do investigado<sup>13</sup>. O Ministério Público, configurado como órgão estatal de fiscalização, não está, apesar disso, isento da obrigação de promover transparência em suas próprias ações de investigação criminal, observadas as particularidades pertinentes à manutenção de sigilo e ao segredo de justiça.

A questão da publicidade está relacionada também à gestão de informações inseridas numa investigação criminal. Entretanto, não se pode confundir as atividades de investigação com aquelas que melhor se compreendem como de inteligência, pelo que cabem algumas poucas palavras a respeito. A inteligência é uma atividade permanente de coleta de dados e transformação em conhecimento que visa permitir a adoção de decisões estratégicas<sup>14</sup>, desenvolvida em qualquer organização, seja ela empresarial ou governamental. Trata-se

<sup>10</sup> A lei vem a lume para regulamentar a previsão constitucional (art.37, §3º), para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando, dentre outras matérias, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII da Carta Magna.

<sup>11</sup> Nesse sentido, dispõe o art.3º: “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública”.

<sup>12</sup> É o que contem na redação do art.1º, §1º, inciso I, daquela lei.

<sup>13</sup> É o que se depreende da conjugação dos arts.5º, 21, 22 e 25, da sobre dita lei.

<sup>14</sup> De acordo com a Lei n.º9883/99, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado. A lei também estabelece que são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação (ultrassecretas, secretas ou sigilosas) as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações (art. 1º, Lei n.º9883/99 e art.23, inciso VIII, Lei n.º12527/2011).

de uma ferramenta auxiliar muitas vezes aplicada à investigação criminal, em que informações sigilosas, mas não diretamente ligadas aos fatos sob apuração, contribuem na tomada de decisões importantes para o direcionamento de uma investigação criminal. Não se cuida, pois, de prova ou elemento de prova, mas de informação. À medida que o Ministério Público desenvolve atividades de investigação em busca de elementos de prova, o arcabouço de informações, devidamente submetidas a tratamento de análise e depuração, podem revelar-se úteis para a investigação criminal. Como se percebe, o tratamento de sigilo desse tipo de dado escapa às regras processuais e à decretação de segredo de justiça, já que essas informações não necessariamente ingressam nos autos da investigação criminal.

## 1.2. Publicidade e a Súmula Vinculante n.º14, do STF

Mediante provocação da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, em pedido de edição de Súmula Vinculante, o STF foi instado a manifestar-se sobre uma situação que se diz recorrente, qual seja, a dificuldade dos profissionais da advocacia em obter acesso aos autos de investigação criminal, inclusive, de extrair cópias dos documentos ali contidos. Apesar dos precedentes da Corte Suprema, argumentou a OAB que juízes vinham negando o acesso reclamado, sob o pretexto de que a investigação é sigilosa.

Considerando o direito do advogado de acesso aos autos de qualquer procedimento, em qualquer esfera da Administração Pública, mesmo sem procuração, evidencia-se que o problema, em sua essência, reside na compreensão da ressalva feita em lei quanto à necessidade dos autos de processo, esteja ele findo ou em andamento, não estar sujeito a sigilo<sup>15</sup>. Decerto, já existiam alguns importantes precedentes do STF<sup>16</sup>. Nesse contexto, a análise pormenorizada do texto da Súmula Vinculante, afinal aprovada pelo STF, em sessão do dia 2 de fevereiro de 2009, e que recebeu o número 14, revela-se oportuna, sobretudo quanto aos seus efeitos no âmbito do PIC<sup>17</sup>.

De início, a redação da Súmula enfatiza que se está diante de um direito do defensor, na defesa dos interesses do representado. Trata-se de ter acesso amplo aos elementos de prova, desde que já documentados no procedimento investigatório. Neste trecho, parece estar em causa uma dicotomia a envolver o direito de defesa, compreendido ele próprio num sentido bastante amplo, e o princípio da justiça eficaz, algo a estimular uma modulação dos conceitos de publicidade e de sigilo. É também a questão de reconhecer a diferença ontológica entre os autos do procedimento investigatório e as diligências concretizadoras da investigação. Com essa ressalva, prevaleceu o entendimento do Min. Cezar Peluso, no sentido de que merecem tratamento diferenciado os elementos de prova produzidos daqueles ainda pendentes de colheita. Neste último caso, o agente responsável pela investigação criminal está autorizado a recusar acesso aos autos, sob pena de permitir-se ao defensor concorrer com o condutor da investigação, e desse modo, esvaziar o sentido do sigilo. Para além da literalidade do texto, pensamos que sua força normativa não se contém apenas na matéria de prova, mas também alcança toda e qualquer diligência investigatória ainda a ser efetuada, a exemplo do requerimento para a decretação da prisão preventiva ou temporária do indiciado<sup>18</sup>.

Se o objeto material do texto da Súmula são os elementos de prova documentados, o âmbito de sua aplicação seria o procedimento investigatório realizado por órgão de polícia judiciária. Tem-se aqui, contudo, um incompreensível reducionismo do alcance da Súmula no inquérito policial, auferido com o artifício de uma linguagem genérica. Durante os debates, surgiu a proposta de inclusão do procedimento conduzido pelo Ministério Público<sup>19</sup>. Entretanto, concluiu-se que o poder investigatório criminal do Ministério Público não era matéria pacificada naquela Corte - a despeito, convém frisar, dos precedentes da 2ª turma - e por esse motivo entendeu-se por bem deixar de fazer qualquer referência nesse tocante<sup>20</sup>. Logo, o STF afastou a menção ao Ministério Público não porque a Súmula não poderia ser aplicada à investigação conduzida pela instituição, mas

<sup>15</sup> Nesse sentido, a redação do art. 7º, inciso XIII, da Lei n.º8906/94 (Estatuto da OAB).

<sup>16</sup> Citem-se como precedentes: HC 82354/PR, HC 87827/RJ, HC 88190/RJ, HC 88520/AP, HC 92331/PB e HC 94387/RS.

<sup>17</sup> Em seu inteiro teor: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

<sup>18</sup> Em seu voto, o Min. Cezar Peluso destaca: “Uma coisa são os elementos de prova já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la”.

<sup>19</sup> O Relator do PSM nº1-6 invocou um precedente da Corte, no HC 88190/RJ, sob a relatoria do Min. Cezar Peluso: “É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência da polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituente”.

<sup>20</sup> Em certa passagem de seu voto, o Min. Marco Aurélio objetou: “É que, quanto ao procedimento investigatório pelo Ministério Público, não há jurisprudência pacificada no Tribunal. Ao contrário, a matéria ainda se encontra pendente de crivo do colegiado. Daí, a meu ver, não podemos inserir a referência a procedimento investigatório formalizado por órgão do Ministério Público”.

porque ainda não perfectibilizado um pressuposto para a confecção desse tipo de manifestação judicial, qual seja, a existência de decisões reiteradas. Acrescente-se que a jurisprudência já tem reconhecido o direito de acesso aos autos inclusive em investigações do Ministério Público de natureza civil, como o inquérito civil público<sup>21</sup>.

O texto da Súmula vem encerrado com a vinculação da prerrogativa do defensor também ao exercício do direito de defesa. Preferimos compreender o direito de defesa não no seu sentido estritamente processual, mas como exercício de prerrogativas profissionais pelo defensor na tutela de interesses e proteção de direitos de seu constituinte, com a projeção de um vindouro processo criminal. Dito de outro modo, a atividade do defensor se inicia antes mesmo do processo criminal, posto que já em movimento a persecução penal pelo Estado a exigir a oportunidade de assistência jurídica ao investigado, mas a defesa que ele desempenha fora do processo não tem o mesmo conteúdo e sentido daquele exercido dentro do processo.

### 1.3. A proposta no anteprojeto do CPP sobre o juiz das garantias

Apesar da crítica que se faz ao CPP brasileiro, por sua genética autoritária, o texto ainda está em vigor, permeada de remendos e enxertos. Tramita no Congresso Nacional, muito embora a passos de tartaruga, um anteprojeto de CPP que, para além de simplesmente constituir um novo texto, traz consigo significativas mudanças na organização do sistema de justiça criminal e na concretização do princípio acusatório<sup>22</sup>.

O texto traz duas novidades: a primeira delas consiste no reconhecimento do inquérito policial enquanto uma das modalidades de investigação criminal – ainda o modelo padrão, a merecer disciplinamento específico no corpo do Código, porém, não o único; a segunda, e certamente a mais importante, é a introdução da figura do juiz das garantias, algo equivalente ao juiz de instrução português, com o papel essencial de intervir para a preservação de liberdades individuais numa investigação criminal. As regras sobre a atuação do juiz das garantias se contêm no capítulo II; este, por sua vez, inserido no Título II, que trata da investigação criminal, o que permite inferir, de imediato, que o seu papel efetivamente não se restringe ao inquérito policial, que vem disciplinado no capítulo seguinte, isto é, alcançará toda e qualquer modalidade de investigação criminal<sup>23</sup>.

A exposição de motivos do Anteprojeto justifica a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro com o argumento de que, para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. Acrescenta que o texto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de procedimentos policiais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de direitos individuais. E para arrematar, sustenta que a investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação.

O novel regramento segue a mesma lógica de resguardar o sigilo do conteúdo da investigação, na medida em que se coloca a necessidade de assegurar o sigilo quando estiver em causa a elucidação do fato e a preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado, inclusive, com a incumbência da autoridade policial de tomar providências para que esses sujeitos processuais não sejam submetidos a exposição dos meios de comunicação<sup>24</sup>. Como consectário dessa estrutura, garante-se ao investigado e ao seu defensor acesso a todo e qualquer material já produzido na investigação criminal, salvo, como se diz expressamente, às diligências em andamento. Esse acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material<sup>25</sup>.

Mas se houve avanços com as atribuições do juiz das garantias e o disciplinamento do acesso aos autos do inquérito policial, não parece existir motivo plausível para que tenha havido restrição da comunicação sobre a abertura de procedimento investigatório ao inquérito policial. É bem verdade que, depois de arrolar as atribuições do juiz das garantias, entre as quais se inclui a de decidir sobre o pedido de acesso a informações sigilosas, o texto do dispositivo encerra com “*outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo*”. Se aprovado com esta redação, o Anteprojeto certamente suscitará um intenso debate doutrinário com repercussão jurisprudencial acerca da extensão das funções do juiz das garantias à investigação direta do Ministério Público. De qualquer modo, o texto do Anteprojeto também não disciplina a decretação do segredo de justiça, fazendo apenas referência esparsa às circunstâncias em que a medida pode ser tomada.

## 2. As regras sobre a publicidade na Resolução CNMP n.º13/2006

<sup>21</sup> Cf. RMS n.º28949/PR, do STJ.

<sup>22</sup> O Anteprojeto foi elaborado por uma comissão de juristas, formada em 2008 pelo Senado Federal. O resultado dos trabalhos foi apresentado ainda no ano de 2009 (PLS n.º156/09).

<sup>23</sup> Com efeito, nos termos do *caput*, do art.15, e sem prejuízo da competência específica em certas situações, “*o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*”.

<sup>24</sup> De acordo com a redação do art.11.

<sup>25</sup> É o que diz o art.12. Por conseguinte, também as diligências a efetuar, e claro, os despachos e atos da autoridade de investigação correspondentes. Em relação à vítima, estabelece-se no art.89, inciso VI, que a vítima também tem direito de copiar peças do inquérito policial – deveria dizê-lo quanto a qualquer outra investigação – salvo quando o sigilo se imponha.

### 2.1. *Relação entre transparência e publicidade: uma estratégia de legitimidade*

Ao trazer a lume a Resolução n.º13/2006, o CNMP fez uma clara opção pela publicidade como elemento de caracterização jurídica do PIC. Como consequência, tem-se aqui uma necessária vinculação com os princípios constitucionais da administração pública, tal como ocorre no inquérito policial. Afinal, o PIC é um procedimento desencadeado no âmbito interno do Ministério Público brasileiro e que eventualmente pode subsidiar a oferta da acusação em juízo. Entretanto, os contornos da publicidade, compreendidos nas circunstâncias que podem ensejar a sua restrição, vem estabelecidos de maneira diferente daqueles que se encontram no inquérito policial brasileiro, na legislação atual e no anteprojeto do CPP.

Parece evidente que a regulamentação busca conferir o maior grau de transparência possível à investigação conduzida pelo Ministério Público, através da regra de publicidade dos atos investigatórios e peças dos autos, como reforço no processo de legitimação de uma atividade de investigação que vem sendo submetida a toda sorte de objeções, muito mais pelos acertos nos resultados alcançados do que por eventuais erros, atencias ou abusos de poder. Antes mesmo do advento da Lei n.º12527/2011, mas por inspiração dos princípios constitucionais da administração pública, elegeu-se a transparência da investigação como uma meta a ser alcançada, capaz de reforçar a convicção a ser formada em torno dos elementos de prova associados à autoria e materialidade da infração penal. Vê-se aí um raciocínio de que, se o procedimento investigatório segue critérios de publicidade das diligências direcionadas à elucidação do fato, a prova colhida, ainda que feita pelo mesmo órgão que haverá de promover a acusação em juízo, reveste-se de idoneidade, porque feita às claras, no bojo de um procedimento essencialmente público. Ocorre que, adotando esse modelo, inverte-se a lógica da investigação: o sigilo não é algo tendente a contender com os direitos do investigado, da vítima ou mesmo das testemunhas, mas uma nota característica da própria investigação, no sentido de que o êxito da empreitada, e por vezes, o resguardo de direitos desses sujeitos da investigação, depende da preservação do sigilo durante a execução dos atos investigatórios. A publicidade que é inerente aos atos processuais não pode ser simplesmente transplantada para um procedimento de cariz investigatório. No processo criminal brasileiro, após a oferta da denúncia em juízo, via de regra, não mais se investiga; são postas sob a luz dos princípios constitucionais garantidores do estatuto jurídico do réu todos os elementos de prova amealhados no procedimento investigatório. A publicidade está para o processo judicial assim como o sigilo faz correspondência com o procedimento investigatório. A questão reside em saber como preservar o sigilo e a quem e sob quais circunstâncias, de modo mais específico, cabe decretar segredo de justiça.

Uma outra crítica que se faz à investigação criminal direta do Ministério Público é que a atividade é executada pelo órgão que também acusa. Por esse motivo, a instituição não teria estímulo algum para resguardar a publicidade de sua investigação criminal, pendendo, assim, ao segredo. Mas o Ministério Público, mesmo num processo penal tendencialmente de partes como o brasileiro, tem a função constitucional de velar pelos interesses da coletividade, e desse modo, não se pode admitir que seja interesse da sociedade a acusação feita a alguém sem culpabilidade, fazendo movimentar o aparelho judiciário de maneira desnecessária e dispendiosa e submetendo o acusado ao constrangimento do processo judicial. O problema reside em avaliar se há instrumentos de controle eficazes da investigação criminal desenvolvida diretamente pelo Ministério Público, e é neste preciso ponto que a figura de um juiz das garantias ganha ainda mais relevância.

### 2.2. *Compreensão analítica da Resolução CNMP n.º13/2006*

A particularidade das regras sobre a publicidade e o sigilo no PIC recomenda uma análise mais pormenorizada dos dispositivos da Resolução CNMP n.º13/2006. O seu Capítulo V é dedicado à matéria e abrange não mais do que dois artigos. Mas o só fato de existir um capítulo próprio demonstra a importância do tema, como que a revelar uma preocupação do CNMP num momento em que a atividade de investigação criminal do Ministério Público, desprovida de normatização uniforme no território nacional, fazia emergir um intenso debate acerca de sua legitimidade e modo de execução.

O texto considera públicos os atos e peças do PIC<sup>26</sup>. Os atos são as diligências de investigação e despachos proferidos pelo membro do Ministério Público. A legislação brasileira não distingue entre meios de prova e meios de obtenção de prova, mas, de qualquer modo, ambos se incluem nesse conceito. As peças, por sua vez, são os documentos que corporificam esses atos, assim como certidões e extratos.

Excepciona-se a regra geral de publicidade em três hipóteses: a) eventuais disposições legais em contrário; b) razões de interesse público; e, c) conveniência da investigação. As disposições legais que justificam a restrição da publicidade somente podem ser aquelas referentes a direitos fundamentais do investigado resguardados pela imprescindibilidade de autorização judicial para acesso ao seu conteúdo e a restrições de utilização das informações dali extraídas (cláusula de reserva de jurisdição). Por sua vez, a conveniência da investigação merece uma conexão com o sigilo na investigação que é inerente ao inquérito policial, e como deve ser, aliás, em qualquer investigação criminal. Diversamente, por exemplo, do direito português, que tenta

<sup>26</sup> De acordo com o *caput*, do art.13, daquele regulamento, “os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação”.



estabelecer um rol taxativo de situações em que o segredo de justiça, seja ele interno ou externo, se impõe, o CNMP preferiu deixar ao membro do Ministério Público, diante de uma situação posta em concreto, o juízo de discricionariedade acerca da restrição da publicidade na medida em que lhe cabe o julgamento da conveniência. Por sua própria etimologia, entendemos que o membro do Ministério Público deve ter em vista, portanto, a eficiência da investigação. Todavia, de perigosa imprecisão é a menção genérica a razões de interesse público<sup>27</sup>. O direito administrativo, se ainda hoje busca um conceito tanto mais preciso quanto possível, já distingue interesse público primário e secundário. Então, estar-se-ia a tratar de qual deles? Ora, está fora de dúvida que a conveniência da investigação, por si mesma, permite ser compreendida como um interesse público primário, na medida em que a investigação criminal exprime uma atividade do Estado de persecução penal destinada a efetivar as normas jurídico-penais. Estas duas últimas situações, por sua demasiada amplitude conceitual, assim como a dificuldade em deixar *a latere* a matriz essencial do sigilo, podem comprometer, na experiência prática, a tentativa do CNMP em atrelar a publicidade ao PIC. Nada obstante, neste ponto, merece ser acrescido como elemento de justificação da decretação do sigilo a necessidade de proteção de direitos de qualquer sujeito envolvido na investigação criminal.

Essa dificuldade se assoma quando se verifica que o CNMP tentou enquadrar as situações de publicidade: a) na expedição de certidão, mediante requerimento do investigado, da vítima ou seu representante legal, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de terceiro diretamente interessado; b) no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas anteriormente ou a seus advogados ou procuradores com poderes específicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo; e, c) na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do procedimento investigatório criminal, observados o princípio da presunção de inocência e as hipóteses legais de sigilo<sup>28</sup>. É de questionar se, em outras situações, ainda que afastada alguma das hipóteses restritivas constantes da cabeça do dispositivo, ainda há publicidade, isto é, se a relação se esgota no texto ou é meramente exemplificativa. A expedição de certidão corresponde a um instrumento de efetivação do direito constitucional de obtenção de informações junto a órgãos públicos. O texto não refere ao conteúdo da certidão, e isso permite entrever que não há restrição quanto à natureza, apenas quando a informação estiver protegida por sigilo<sup>29</sup>.

Quanto ao acesso aos autos pelo defensor do investigado, percebe-se que o CNMP anteviu aquilo que seria consolidado na Súmula Vinculante n.º14 do STF e que, como já declinamos, entendemos integralmente aplicável ao PIC. Entretanto, impõe-se uma atualização do texto, para expurgar a exigência de instrumento de mandato, pouco importando se deve vir com poderes específicos, conquanto é prerrogativa do advogado atuar mesmo sem procuração. Além disso, não há sentido para a imposição de fundamentação ao requerimento, posto que isso pode contender com a estratégia de defesa. E como se tratam de peças já contidas nos autos do PIC, mais apropriado mencionar como exceção ao acesso quando se tem segredo de justiça (interno). A prestação de informações ao público merece receber as mesmas cautelas que se impõem à autoridade policial, posto que aqui também se está a falar de sigilo na investigação. E de igual maneira, deixou-se à discricionariedade do membro do Ministério Público a seleção da informação que, sem prejudicar o andamento da investigação, pode ser divulgada ao público, inclusive, à imprensa.

A problemática do sigilo no PIC se agrava quando se permite que o próprio agente do Ministério Público tome uma decisão que, na prática, em nada se distingue do segredo de justiça<sup>30</sup>. Essa terminologia não é utilizada no texto porque constituiria, por óbvio, uma indevida apropriação de um conceito que, na tradição brasileira, está intimamente vinculado à função jurisdicional. Por isso, a Resolução CNMP n.º13/2006 faz uso da expressão “sigilo das investigações”, o que caracteriza uma verdadeira burla de etiqueta. Enquanto o inquérito policial brasileiro e, por exemplo, o inquérito português, este último conduzido pelo Ministério Público, se submetem a controle judicial nas situações de restrição da publicidade mediante decretação de segredo de justiça, o PIC pode alcançar o mesmo efeito mediante decisão isolada do presidente do procedimento investigatório. É de todo evidente que a decisão deve ser fundamentada, e o texto indica como fundamentos as exigências de elucidação do fato, e alternativamente, o interesse público. Neste ponto, valem as mesmas observações críticas feitas anteriormente sobre a elasticidade e imprecisão dos termos empregados. De rigor, a necessidade de elucidar o fato sempre estaria a exigir a decretação do “sigilo”. E a parte final do dispositivo garante ao investigado a

<sup>27</sup> Ao discorrer sobre o novo Ministério Público inglês, JACKSON (2011, p.162) assinala que todos concordam que os Promotores de Justiça devam agir de modo quase-judicial, porém, alerta para o perigo que é aceitar termos como “interesses da justiça” ou “interesse público”, sem que se explique como tais asserções se justificam. Ele lembra que outros atores do sistema de justiça criminal, tais os juízes, a polícia e os advogados podem igualmente afirmar que têm obrigação de garantir que a justiça seja feita.

<sup>28</sup> É o que se tem no parágrafo único do art.13, da Resolução CNMP n.º13/2006.

<sup>29</sup> O art.7º, da Lei n.º12527/2011, depois de exemplificar os tipos de informação que pode que buscada, faz a ressalva de que, quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

<sup>30</sup> Nos termos do art.14, “o presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir; garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado”.

obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado. Essa parte do dispositivo somente tem a utilidade de fazer o intérprete inferir que a decretação integral do “sigilo” não é, afinal, tão integral assim<sup>31</sup>.

A decisão, enfim, deve ser fundamentada<sup>32</sup>, algo que atende ao princípio democrático em qualquer atividade de órgão público, e além disso, permite o julgamento acerca das razões que motivaram a tomada de decisão. Entretanto, se não há controle imediato de outra instância do Ministério Público ou de um juiz sobre o conteúdo da decisão, o dispositivo perde substância, tornando-se não mais do que um acautelamento.

### 3. Síntese Dogmática

Passados nove anos da entronização da Resolução CNMP n.º13/2006, decerto, muitas investigações criminais foram desencadeadas pelos mais variados órgãos do Ministério Público em todo o território brasileiro. Desde então, muita experiência tem sido acumulada, contribuindo para alimentar a cultura institucional nessa delicada área de atuação, e não é difícil supor que algumas dessas experiências estejam ligadas aos desafios de perseguir a descoberta da verdade sem impor um sacrifício demasiado a direitos fundamentais de todos os envolvidos no fato sob apuração.

Neste ensaio, não nos esquivamos de sugerir modificações no texto da Resolução CNMP n.º13/2006, por dever de consciência e por acreditar que a ciência jurídica deve buscar soluções para os problemas que desafiam a realização da justiça. O propósito, pois, não pode ser outro senão o de promover o aperfeiçoamento da investigação criminal direta do Ministério Público. O ajuste, não mais do que pontual, porque adotada a correta premissa de conferir publicidade ao PIC, é um meio de reforçar a posição da instituição no tabuleiro da investigação criminal e também de afastar eventuais críticas que ainda se lhe opõem. As propostas derivam dos dois eixos fundamentais que nortearam nossas observações: a intervenção judicial na decretação do sigilo de justiça (i, ii) e a distinção entre segredo interno e externo (iii, iv e v). Em síntese, eis os pontos:

- i) **Deve haver previsão de sujeição a controle judicial sempre que o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório decretar o sigilo** – e aqui recorremos à palavra empregada no texto, porém, sem olvidar que se trata, ao fim e ao cabo, de segredo. O problema de fundo não está em ter o próprio presidente da investigação a decretar o sigilo, mas na falta de qualquer mecanismo de controle sobre tal decisão. A supressão da publicidade tem por consequência imediata a impossibilidade de fiscalização da legalidade da investigação, salvo na eventualidade de uma ação correcional de outras instâncias do próprio Ministério Público. É sobremodo pertinente a preocupação em preservar a autonomia do Ministério Público na condução de sua investigação criminal, algo que se pode supor em risco quando se chama o Judiciário a intervir num procedimento ainda não judicializado. No entanto, não se pode perder de vista que a restrição da publicidade tem profunda repercussão em direitos fundamentais do investigado, da vítima e dos demais envolvidos.
- ii) **Todavia, para não prejudicar o andamento da investigação, a decisão de decretação do sigilo deve surtir efeitos desde logo, de tal modo que a apreciação judicial passa a ter natureza de juízo de homologação, dentro do prazo geral de cinco dias**<sup>33</sup>. Se discordar da decretação do sigilo, por entender que direitos fundamentais dos envolvidos estão em causa, desmerecendo sobreposição por quaisquer interesses ligados à eficácia da investigação, o juiz deve submeter a decisão ao órgão superior do Ministério Público, o mesmo com atribuição de avaliar o arquivamento do PIC<sup>34</sup>. De outra banda, essa modificação na estrutura do PIC não haverá de impedir que os interessados, isto é, aqueles que de algum modo estão envolvidos na investigação recorram ao Judiciário para pedir a decretação ou levantamento do sigilo, sem prejuízo de poder fazê-lo diretamente ao órgão do Ministério Público que conduz a investigação, e em grau de recurso, ao órgão de hierarquia superior.

Esse novo modelo se sustenta em alguns argumentos que reputamos consistentes. Em primeiro lugar, o juiz, mesmo que não traga consigo esse nome, durante a investigação criminal desempenha o papel de juiz das garantias, e o anteprojeto do CPP vem apenas consagrar uma função da qual já se desincumbem os magistrados, inovando apenas na tendência de reforço do princípio acusatório, uma vez que impõe uma separação: o juiz das garantias não mais poderá ser o juiz da causa. Em segundo lugar, se todo o conteúdo da investigação é mantido sob sigilo, posteriormente tudo isso é submetido a controle judicial, já na ação penal, ou mesmo

<sup>31</sup> V. a respeito o §4º, do art.6, da Resolução CNMP n.º13/2006.

<sup>32</sup> A falta de fundamentação conduz a infração disciplinar. Além da previsão na legislação interna do Ministério Público, acresceu-se o comando do §4º, do art.7º, da Lei n.º12527/11.

<sup>33</sup> Cf. art.800, inciso II, do CPP.

<sup>34</sup> Dispõe o art.15, da Resolução CNMP n.º13/2006, o seguinte: “*Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente*”. E ainda: “*A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art.28 do CPP, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente*”.

eventualmente, através de *habeas corpus* ou outro remédio jurídico, isto é, mais cedo ou mais tarde ter-se-á alguma forma de controle judicial sobre a decisão, de tal maneira que tardá-lo apenas contribui para tornar mais insegura a licitude da prova colhida na investigação. Finalmente, eventual objeção quanto a independência do Ministério Público em relação ao Judiciário fica superada quando se tem em conta que, discordando da fundamentação do despacho de decretação de segredo de justiça pelo Ministério Público, o juiz deve submeter a decisão ao órgão superior do próprio Ministério Público, tal como ocorre no arquivamento de inquérito policial ou do próprio PIC. Então, o órgão superior pode adotar uma das seguintes providências: ratificação da decisão do presidente do PIC ou rejeição da decisão, caso em que a independência funcional do membro ganha outra hipótese de relativização, isto porque uma prerrogativa institucional, ainda que de índole constitucional, deve ceder diante da necessidade de resguardo de direitos fundamentais.

Podendo o Ministério Público decretar o sigilo em sua investigação, convém estabelecer uma distinção mais nítida entre segredo interno e externo. Mas não se pode exigir, pela natureza jurídica da Resolução, que terceiros estejam sujeitos a determinados impedimentos decorrentes do segredo de justiça, posto que isso só caberia por força de lei.

- iii) Portanto, naquilo que se mostra pertinente, dentro da conjuntura do ordenamento brasileiro, **o membro do Ministério Público que preside a investigação, ao proferir decisão em que decreta o sigilo, lastreado em algumas das hipóteses que o autorizam, e a considerar que pode fazê-lo no todo ou em parte, deveria ainda observar alguns outros condicionamentos, mediante explicitação não apenas das situações, mas também de quem passa a ficar impedido de acesso aos autos.** Em particular, no que pertine ao investigado, não cabe, todavia, afastar-se do horizonte delineado pela Súmula Vinculante n.º14, ou seja, que seu defensor deve ter acesso franqueado aos elementos de prova já documentados, desde que não estejam clivados a diligências pendentes de ulatimação ou protegidos por segredo de justiça.
- iv) No plano do segredo externo, **convém que se estabeleça a faculdade de qualquer interessado, a saber, o investigado, a vítima ou testemunhas, sempre que estiverem em causa direitos fundamentais, requerer a decretação do sigilo ao órgão do Ministério Público responsável pelo PIC.** Além disso, **o próprio membro do Ministério Público, quando estejam em risco os interesses da investigação ou os direitos dos envolvidos deverá fazê-lo de ofício.** No entanto, **o segredo externo poderá ser levantado, em qualquer momento da investigação, por iniciativa do próprio Ministério Público ou, se este indeferir requerimento do interessado, pelo órgão superior da própria instituição, em grau de recurso.**
- v) Em relação ao segredo interno, **este somente poderá ser admitido quando o PIC for previa ou conjuntamente submetido ao segredo externo; a decisão do presidente do PIC se fundamentar na necessidade de elucidação do fato ou interesse público, isto é, preservação da eficácia da investigação ou no resguardo de direitos fundamentais das pessoas implicadas, devidamente declinados; e ainda, houver concordância do juiz.** Mas também é importante admitir situações excepcionais. O membro do Ministério Público poderá dar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de ato ou de documento protegido por segredo, mas apenas se isso não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade ou indispensável ao exercício de direitos pelos interessados. Além disso, para efeito de controle e descoberta em caso de vazamento de informações, tais pessoas devem ser identificadas no PIC, com indicação do ato ou documento de cujo conteúdo tomam conhecimento, a fim de que possam eventualmente ser responsabilizadas. Todavia, a manutenção do sigilo não precisa guardar vinculação temporal ao encerramento do PIC<sup>35</sup>, e por conseguinte, a mera extrapolação dos prazos de conclusão do PIC não devem ensejar automaticamente o desfazimento do quadro de sigilo.

MONTESQUIEU (1997, p.122) observou que o “*Parquet*” vela pelos cidadãos e sua atuação como órgão de acusação os deixa tranquilos. Mas nos tempos que correm, importa que essa tranquilidade se estenda à ação do Ministério Público enquanto organismo de investigação. FIGUEIREDO DIAS (2003, p.165) já advertiu que o imperativo do *fair trial*, uma decorrência direta do Estado de direito, impõe maior objetividade de sua atuação, no sentido de que seus membros devem recusar que lhes seja colada, sobretudo pela mídia, a imagem de parte processual acusadora e exigir que lhe seja reconhecida a sua qualidade de interessado na verdade e na justiça dos casos.

A matéria que enfrentamos neste ensaio tem que ver, no fundo, com a construção de uma identidade do Ministério Público brasileiro na área de investigação criminal. A propósito, compartilhamos a ideia de BRAZ (2009, p.340), para quem o inquérito já não é mais o princípio da investigação criminal e tenderá, por regra, no futuro, a ser apenas o suporte processual onde formalmente a prova recolhida se concentra e se organiza no plano instrutório, com vista a uma decisão acusatória. De certo modo, essa nova identidade implica tomar uma decisão

<sup>35</sup> Está previsto no art.12, *caput*, da Resolução CNMP n.º13/2006, que “o procedimento investigatório criminal deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, permitidas, por igual período, prorrogações sucessivas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução”.



crucial: se ao Ministério Público, com a mente voltada para seu compromisso com a sociedade, convém cercar-se de um aparelho investigador próprio, com recursos materiais e humanos dedicados especialmente a essa tarefa, ou se é o caso de priorizar as parcerias com outras instituições. Tanto neste como naquele outro caminho, a manutenção de sigilo em seus procedimentos investigatórios é uma nota de realce. Nesse horizonte, lembra FIGUEIREDO DIAS (2004, p.373) que as atividades do órgão não se deixam reconduzir exatamente nem à função executiva comum, tampouco à função judicial, mas que, em decorrência da sujeição ao princípio da legalidade, toda sua atividade há de ser subposta a estrito controle judicial tão logo afete a esfera constitucionalmente garantida dos direitos do cidadão. Trata-se de um organismo que, por ser considerado essencial à administração da justiça, não se pode afastar da responsabilidade da concretização dos ditames da verdade e da justiça, sempre pautado pela estrita legalidade e respeito aos direitos fundamentais, ainda que se tenha à frente do grave desafio de repressão à criminalidade organizada. Por outro lado, não se cuida de buscar solução, desde logo, ao difícil problema da caracterização do processo penal brasileiro como um processo de partes, e desse modo, perscrutar até que ponto o Ministério Público pode preservar qualquer grau de isenção numa investigação criminal. Na Alemanha, por exemplo, como nos lembra ROXIN (2009, p.385), o Ministério Público é uma autoridade autônoma, que deve investigar os fatos de forma imparcial e, na existência de indícios suficientes, deduzir uma acusação contra o arguido.

Não se pode ignorar que há uma percepção generalizada da existência de um delicado problema conjuntural gerado com o vazamento de informações que deveriam ser sigilosas numa investigação criminal. A modificação de regras referentes à publicidade do PIC pode contribuir, inclusive, para a contenção de episódios de seu escamoteamento, conferindo maior segurança à atividade investigatória do Ministério Público.

## Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado: A Reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia Ter Sido Diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BRAZ, José. Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade. Coimbra: Almedina, 2009.
- BEULKE, Werner. Strafprozessrecht. 12ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2012.
- BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, v.1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. Publicidade e Justiça Criminal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IV, Coimbra Editora, 2007, p.125-153.
- FARIA COSTA, José Francisco de. A Criminalidade em um Mundo Globalizado, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira, Coord. José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.88-99.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. 1ª ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- \_\_\_\_\_. O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas. In Que Futuro para o Direito Processual Penal? Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.805-819.
- \_\_\_\_\_. Sobre a Atuação do Ministério Público, Hoje e Aqui. In Ministério Público: Que Futuro? 2ª ed., Lisboa: INCM, 2003, p.155-170.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. O Inquérito Policial no Projeto de CPP. Revista do Ministério Público, n.º45, jul-set/2012, p.103-111.
- JACKSON, John. As Implicações Éticas do Papel Expandido do Promotor de Justiça no Reino Unido. Revista do CNMP, v.1, n.º2, jul-dez/2011, p.145-177.
- LEITE, André Lamas. Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º4, 2006, p.539-73.
- LEITE, Inês Ferreira. Segredo ou Publicidade? A Tentação de Kafka na Investigação Criminal Portuguesa. Revista do Ministério Público, ano 31, n.º124, out-dez/2010, p.5-87.
- MESQUITA, Paulo Dá. Direção do Inquérito e Garantia Judicial. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. O Segredo do Inquérito Penal – Uma Leitura Jurídico-Constitucional. Direito e Justiça, XIV, 2000, t.2, p.55-128.
- MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis, v.1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da Investigação Criminal. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia do Direitos do Homem. 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- ROXIN, Claus. Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão. In Que Futuro para o Direito Processual Penal? Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.385-398.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. Strafverfahrensrecht. 27ª ed., Munique: C. H. Beck, 2012.
- SILVA, Germano Marques da. A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça. Um Novo Paradigma? Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º2 e 3, 2008, p.257-276.
- SOUTO DE MOURA, Adriano. A Investigação e suas Exigências no Inquérito. In Que Futuro para o Direito Processual Penal? Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.73-86.

**O CONTROLE EXTERNO DA  
ATIVIDADE POLICIAL COMO  
INSTRUMENTO PARA GARANTIA  
DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SEGURANÇA E COMO DESAFIO E  
OPORTUNIDADE DE APROXIMAÇÃO  
ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A  
POLÍCIA INVESTIGATIVA**

*CLAUDIA RODRIGUES DE MORAIS PIOVEZAN  
GUILHERME FRANCHI DA SILVA SANTOS*

O controle externo da atividade Policial é fundamental à concretização do Direito à Segurança, devendo o Ministério Público priorizar o controle concentrado para melhoria estrutural da Polícia Investigativa para otimização da Persecução Penal e Prestação do Serviço Público de Segurança Pública.

O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E COMO DESAFIO E OPORTUNIDADE DE APROXIMAÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA INVESTIGATIVA

Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan  
Guilherme Franchi da Silva Santos

Ao longo dos anos, cada vez mais, o Estado, representado pelos entes públicos da administração direta e pelo próprio Ministério Público, órgão encarregado pela Constituição Federal para exercer o direito estatal de punir, tem deixado de lado a persecução penal. Isto se verifica na pequena parcela do orçamento que tem sido efetivamente aplicada nos órgãos de segurança pública, que se encontram notoriamente sucateados no que se refere a recursos humanos e materiais.

No âmbito do Ministério Público, a desatenção é evidenciada nas promotorias de justiça criminais com excesso de trabalho, com inúmeras atribuições processuais e extraprocessuais, tais como as frequentes visitas a estabelecimentos prisionais, unidades policiais, elaboração de relatórios, atendimento ao público, acompanhamento de operações policiais, etc. e pelo insuficiente apoio técnico para dar cabo da elevada e ainda crescente demanda. Aliam-se a isso as poucas oportunidades de aprimoramento funcional e de treinamento técnico e os arcaicos sistemas de informática, que ao invés de facilitarem o andamento dos trabalhos, a realização de tarefas e levantamento de dados, burocratizam-nos e representam pouca utilidade para fins práticos e estatísticos.

Como resultado do abandono da segurança pública, tem-se a expansão do número de organizações criminosas, com delinquentes cada vez mais especializados, mais poderosos, endinheirados e infiltrados nos diversos âmbitos do poder estatal, munidos de equipamentos e de armas mais sofisticados e mortais, e totalmente cientes das deficiências do Estado para reprimir crimes, apurar condutas delitivas e aplicar as sanções pertinentes. Neste desequilíbrio de forças, a sociedade é quem perde.

No que se refere aos crimes do colarinho branco, a sociedade perde por não receber os serviços básicos de saúde, educação, habitação, segurança pública, enfim, tudo pelo qual paga com seus impostos, mas que não recebe por conta da corrupção endêmica e sistemática que assola o Brasil desde os tempos imperiais, situação esta que na atualidade humilha, envergonha e deprime o cidadão brasileiro, quando não o contamina com o mau exemplo que permite a perpetuação da cultura do famoso e nefasto “jeitinho brasileiro”.

Em relação aos crimes comuns, a sociedade perde por não ter liberdade e tranquilidade para sair à rua, para ir ao trabalho, à escola, etc..., sem ser assaltada, morta, atropelada. O cidadão perde a tranquilidade para realizar os negócios mais cotidianos por correr um enorme risco de ser ludibriado pela horda de golpistas que age livremente em cada canto do Brasil.

Assim, a segurança pública tem de um lado a polícia judiciária e investigativa com poucos meios para realizar sua atividade fim e, do outro lado, o Ministério Público também com estrutura e meios insuficientes para dar conta das atribuições que lhe foram conferidas. À margem de tudo, assolada pela ineficiência do Estado, tem-se uma sociedade acuada, amedrontada e abandonada à própria sorte e se sobrepondo a tudo, encontra-se a criminalidade crescente e infinita.

Para piorar o quadro já caótico, há uma cultura instalada de que Polícia Investigativa e Ministério Público são organismos estatais antagonísticos, enfrentando-se em verdadeiras batalhas por disputa de poder, como ocorreu quando da tramitação da PEC 37, em especial no ano de 2013, como se institucionalmente não tivessem o mesmo objetivo, a mesma missão, um complementando a atividade do outro, vivendo em verdadeira simbiose para alcançar o bem comum, o combate a todas as formas de crimes.

Essa simbiose está perfeitamente delineada no comando constitucional, ao tratar, no artigo 144, da segurança pública, delegando às polícias federal e civil a função de apurar infrações penais:

*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:*

*§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;*

*II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*

*III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

*§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

Delimita-se também quando a Carta Magna trata do Ministério Público, pois no artigo 129, a Constituição Federal lhe outorga a exclusividade de promover as ações penais:

*São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

A ligação existente entre Ministério Público e Polícia Investigativa encontra-se inegavelmente concretizada no Inquérito Policial.

*O inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, que consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo.<sup>1</sup>*

Portanto, resta clara essa relação direta entre a função investigativa da Polícia com a função do Ministério Público como autor exclusivo da ação penal, sendo evidente a necessidade de que esses dois órgãos trabalhem em perfeita sintonia para alcançar o objetivo que lhes é comum.

O exercício do controle externo da atividade policial, previsto na Constituição Federal, também materializa a necessidade de proximidade entre o Ministério Público a Polícia. Esta proximidade, no entanto, não significa que se deva estabelecer relações que possam ser consideradas promíscuas. Esta preocupação, é bom que se diga, não é uma preocupação apenas no Brasil. Aliás, em outros países também se discute a natureza da relação entre Ministério Público e os outros órgãos de persecução penal.

A título de exemplo, nos Estados Unidos da América também se discute, à exaustão, uma aparente relação de promiscuidade entre promotores e policiais, pois sob o ponto de vista da opinião pública, naquele país, os promotores e procuradores são demasiadamente lenientes em situações de excessos e de abusos policiais<sup>2</sup>. Ao mesmo tempo em que ocorre a percepção pública de que promotores e policiais, por trabalharem juntos na persecução penal, podem deixar de agir de acordo com princípios da legalidade e da impessoalidade, por outro lado, internamente, também é evidente a tensão existente entre ambos,

<sup>1</sup> BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Volume Único, 2ª edição, 2014. Editora Jus Podivm. Salvador Bahia. Pág. 107.

<sup>2</sup> HARRIS, David A.. *The Interaction and Relationship between Prosecutors and Police Officers in the U.S., and How this Affects Police Reform Efforts* - University of Pittsburgh - School of Law - June 13, 2011.

como ocorre no Brasil, havendo desconfiança e suspeita recíprocas, o que é até natural por se tratarem de órgãos independentes entre si.<sup>3</sup>

Um dos desafios do Ministério Público contemporâneo é ser reconhecido como instituição essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Eis o alvo do Plano Estratégico do Ministério Público do Paraná (2010 a 2018).

Para atingir o reconhecimento esperado, as ações institucionais do Ministério Público, para além de eficazes, transparentes, éticas e independentes, necessitam da legitimidade política e social. Na atual conjuntura política do Brasil, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm sido duramente criticados e é comum surgirem discursos questionando a razão de existir destes. Em sua maioria, os discursos são propalados em análise profana, distante da cientificidade da Teoria Geral do Estado, e devem ser recebidos como mero desabafo.

Aqui cabe a observação de que as redes sociais, fruto da era digital, têm proporcionado um novo espaço de debate social e político, com viés democrático. Essa “ágora digital”, apesar de tumultuada e complexa, em parte com debates rasos e superficiais, não pode ser negligenciada. As últimas eleições comprovam a importância desse novo espaço. Diante disso, o recado ao Estado e às autoridades está dado, seja através de manifestações nas ruas, seja através da insatisfação virtual. É tempo de ouvir o clamor da sociedade.

Apesar de lastreados no senso comum, o questionamento a respeito da relevância das instituições atesta que a sociedade está profundamente incomodada com a forma e com a velocidade com que a República Federativa do Brasil está perseguindo os seus objetivos fundamentais: uma sociedade justa, livre e solidária, desenvolvida em todas as suas regiões, distante da pobreza e marginalização. Enfim, uma sociedade em que a promoção do bem de todos seja um verdadeiro objetivo (art. 3º da Constituição Federal).

O Ministério Público, mesmo em tempos de crises institucionais, tem sido louvado e apoiado pela sociedade. Entretanto, essa mesma sociedade, à medida em que compreende a importância e função do Ministério Público, cada vez mais passará a exigir de seus representantes uma postura proativa e resolutiva em relação aos mais variados problemas sociais.

Por isso, a reflexão que se propõe diz respeito à relação entre a persecução penal (segurança pública), o controle externo da atividade policial e legitimidade política e social das ações do Ministério Público.

## **CONTROLE EXTERNO E A GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA**

Resumidamente, a fiscalização e sanção de excessos praticados no exercício da atividade policial e o acompanhamento e fiscalização do trabalho da polícia judiciária são os principais enfoques do controle externo da atividade policial. Passa-se, portanto, a abordar a efetiva tutela difusa da segurança pública.

O controle externo da atividade policial tem fundamento constitucional na titularidade que detém o Ministério Público sobre o exercício da ação penal pública, conforme art. 129, I, da Constituição Federal, e a previsão expressa de exercer o controle externo da atividade policial, nos termos do art. 129, VII, da Constituição Federal.

Justamente por deter a exclusividade para decidir entre a promoção da ação penal pública ou do arquivamento do inquérito policial, ou de realizar outros atos investigatórios ou de requisitar diligências complementares, é fundamental à eficiência da persecução penal que o controle sobre a atividade policial seja prioridade do Ministério Público.

Além disso, a persecução penal eficiente tem a importante missão de prevenção e repressão do crime (art. 59 do Código Penal), repercutindo diretamente na concretização do direito

---

3 LUNA, Erik, WADE Marianne. *The Prosecutor in Transnational Perspective*, eds., Oxford University Press, 2011 [U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-19](#).

fundamental à segurança (art. 5º e 6º da Constituição Federal). É, em outras palavras, a obrigação institucional de proteger suficientemente os bens jurídicos constitucionalmente eleitos como fundamentais: a vida, a liberdade, a saúde, a infância, a segurança, a propriedade, dentre outros.

A segurança é serviço de relevância pública que tem por missão assegurar o direito fundamental à segurança individual, mas também deve ser prestado sob a ótica coletiva (art. 144, *caput*, da Constituição Federal), baseado na perspectiva de que a sua ausência afeta a toda coletividade indistintamente e de maneira difusa, cabendo ao Ministério Público velar pela sua adequada prestação, justamente por se enquadrar no conceito de interesse difuso e social indisponível (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

Diante disso, resta evidente que a Constituição Federal trata a segurança pública como direito fundamental social e como dever indelegável do Estado, ao qual não é facultada a discricionariedade em prestar ou não o serviço de segurança pública, sob a ótica da oportunidade e conveniência. O mínimo necessário para uma existência humana digna é integrado, sem dúvidas, pela garantia da segurança pública.

Para além de reconhecer a importância do exercício do controle externo da atividade policial como pressuposto para a persecução penal eficiente e para a concretização do direito fundamental à segurança, o Ministério Público é chamado a velar pela prestação eficaz dos serviços públicos, como verdadeiro *ombudsman* (art. 129, II, da Constituição Federal).

O papel do *ombudsman* é controlar a atividade estatal com a finalidade de assegurar sua eficiência, garantir as liberdades públicas e proteção dos direitos fundamentais, função que pressupõe a aproximação entre “a previsão abstrata da norma, a realidade fenomênica e os anseios da população”.<sup>4</sup>

Além de contribuir para que as atividades estatais permaneçam dentro da legalidade, o *ombudsman* desempenha importante papel na aproximação e equilíbrio entre os anseios da comunidade e os deveres do Poder Público<sup>5</sup> e, segundo opção constitucional, suas atribuições foram encampadas pelo Ministério Público.<sup>6</sup>

Seja através do mandamento constitucional que determina o controle externo da atividade policial e promoção exclusiva da ação penal pública, seja pela ordem constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, o Ministério Público, de forma incontestada, tem o dever de agir para concretização do direito à segurança.

Somado a isso, o clamor social denuncia a falta de segurança, a Constituição Federal determina que o direito à segurança é obrigação do Estado e que ao Ministério Público cabe zelar pela efetiva prestação deste serviço à população. Parece que não há motivos para inação ou omissão ministerial.

Partindo dessas premissas, o Ministério Público brasileiro, ao receber a missão de defender a ordem jurídica e o regime democrático, chamado a defender todos os interesses difusos e coletivos, é o interlocutor indispensável à formulação das políticas de segurança pública, devendo atuar como fiscal de sua execução e fomentador das discussões.<sup>7</sup>

Não se olvida da importância do controle difuso (art. 3º, inciso I, da Resolução n.º 20 do CNMP), mas para ser reconhecido pela sociedade como instituição relevante e cujas ações sejam político e socialmente legitimadas, é fundamental que o Ministério Público lance mão do instrumental extrajudicial para, numa postura preventiva-resolutiva, intervir para assegurar políticas públicas eficazes em sede de segurança pública.<sup>8</sup>

Em relação ao controle concentrado (art. 3º, inciso II, da Resolução n.º 20 do CNMP), incumbe ao Ministério Público expedir recomendações, promover audiências públicas, fiscalizar a

<sup>4</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

<sup>5</sup> Op cit, p. 197.

<sup>6</sup> Op cit, p. 198.

<sup>7</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de Controle Externo da Atividade Policial**. Coordenado por Adriano Alves Marreiros. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Ministério Público, 2012, p. 59.

<sup>8</sup> Op cit, p. 58.

execução orçamentária, manter a regularidade das inspeções nas repartições policiais e coibir abusos praticados por servidores policiais. É o que dispõe o art. 3º, § 2º da Resolução n.º 20 do CNMP:

*O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.*

Adotadas providências extrajudiciais e ausente o aprimoramento da atividade policial, é necessária a promoção de ações coletivas para compelir o Estado a realizar sua missão de assegurar minimamente a estrutura das unidades policiais e de perícia criminal, bem como o efetivo policial, de maneira a garantir a concreta apuração das infrações penais (art. 144, § 4º da Constituição Federal). Nesse sentido, art. 3º, § 3º da Resolução n.º 20 do CNMP:

*Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Redação dada pela Resolução n.º 65, de 26 de janeiro de 2011)*

Neste particular, observa-se que a resolução de distribuição dos serviços afetos ao Ministério Público na Comarca de Londrina, regulada pela Resolução n.º 1686/2013 do Procurador-Geral de Justiça, é omissa em relação às atribuições extrajudiciais e judiciais cíveis dos membros do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial.

Por conseguinte, a fim de aprimorar o controle externo da atividade policial, principalmente na modalidade de controle concentrado em que geralmente existe a repercussão na esfera cível, é de se consignar expressamente na distribuição de serviços qual membro do Ministério Público deve atuar nessas hipóteses.

Aliás, a jurisprudência do TJPR tem se mostrado terreno fértil para ações propostas pelo Ministério Público a fim de concretizar o direito fundamental à segurança:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DELEGACIA DE CERRO AZUL E DOUTOR ULYSSES. AUSÊNCIA DE PESSOAL E MATERIAL PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DA REGIÃO. DÉFICIT CONSTATADO PELO CNJ.a) O direito social à segurança pública é um direito fundamental e um dever do Estado, observado para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nos termos do artigo 144 da Constituição. O Estado é obrigado a acatar o mandamento constitucional e determinar a implantação do direito fundamental social à segurança pública.b) A realidade fática nos Municípios de Cerro Azul e Doutor Ulysses foi comprovada pelo Ministério Público e pelo CNJ. O mínimo de funcionários que deveriam estar no exercício efetivo de suas funções policiais em referidos locais não está sendo atendido (um delegado, um escrivão, quatro investigadores e dois carcereiros), o que coloca em risco a segurança pública da região.c) A designação de servidores (e Delegado) para atuar na Delegacia de Cerro Azul não afronta os limites orçamentários do Estado. A existência de vagas a serem preenchidas por concurso já encerrado e com candidatos aguardando nomeação pressupõe a capacidade orçamentária para fazer frente às despesas de pessoal.d) Não há falar em ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, eis que o Poder Judiciário não está administrando os recursos financeiros nem tampouco desempenhando funções típicas do Poder Executivo, mas, antes de tudo, está primando pela obediência à Constituição Federal.e) A isonomia no tratamento dos Municípios se verifica na medida de mantê-los dentro do mesmo padrão aceitável de segurança, com condições mínimas para seu efetivo exercício. Portanto, se determinado Município apresenta uma necessidade urgente relacionada à segurança pública a ponto de acionar o Poder Judiciário, esta deve ser suprida independentemente da análise pontual



da situação dos demais Municípios, que só obsta a prestação estatal.2) DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. INTERESSE PÚBLICO.LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.Ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como a segurança pública, sendo, portanto, parte legítima para requerer a intervenção judicial para fazê-los acontecer diante da inércia da Administração.3) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1182442-3 - Cerro Azul - Rel.: Leonel Cunha - Por maioria - - J. **20.05.2014**)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER, PARA QUE O ESTADO DO PARANÁ TOME AS PROVIDÊNCIAS LEGAIS E ADMINISTRATIVAS PARA APARELHAR O QUADRO DA POLÍCIA CIVIL DA COMARCA DE NOVA FÁTIMA COM DELEGADOS, ESCRIVÃES E INVESTIGADORES, BEM COMO PARA QUE O MESMO SEJA CONDENADO A EFETUAR A REFORMA DA DELEGACIA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, POR ENTENDER QUE A PROVIDÊNCIA REQUERIDA ATINGE A ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO.APLICAÇÃO ANALÓGICA AO CASO DO ARTIGO 19 DA LEI DA AÇÃO POPULAR. ENTENDIMENTO DO STJ.SITUAÇÃO OBJETO DA LIDE QUE REVELA DESCUMPRIMENTO A PRECEITO CONSTITUCIONAL RELATIVO À SEGURANÇA PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DE PESSOAL NA UNIDADE DA POLÍCIA CIVIL DA COMARCA DE NOVA FÁTIMA E CONDIÇÕES PRECÁRIAS DO PRÉDIO DA DELEGACIA QUE INFRINGEM A PREVISÃO CONSTITUCIONAL, POIS IMPOSSIBILITAM A CONSECUÇÃO DE TODOS OS ATOS E MEDIDAS NECESSÁRIAS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA PREVISTAS EM LEI, DEIXANDO A POPULAÇÃO EM EVIDENTE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO, PARA FAZER VALER A LETRA CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES IN CASU.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, PARA JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PELO PARQUET. (TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1101479-2 - Nova Fátima - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. **19.11.2013**)

No mesmo sentido, as decisões do TJPR estão em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.



(RE 559646/PR AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011)

EMENTA. Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Segurança pública. Destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores. Violação do princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido.

(AI 810410 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013)

### **A NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA, UMA REALIDADE POSSÍVEL**

Conforme já se abordou acima, não é possível tratar de segurança pública sem reconhecer a ligação estreita entre Ministério Público e Polícia. A escassez de recursos em ambas as instituições deve ser fundamento para que ambas trabalhem em unidade, a fim de evitar desperdício de recursos públicos. Assim, o exercício do controle externo pelo Ministério Público pode ser uma ferramenta eficaz de aproximação entre as duas instituições e que também pode ser exercido por meios mais simples e já existentes.

Além dos procedimentos acima, não se pode ignorar que o controle externo também é exercido no acompanhamento diuturno dos inquéritos policiais, nos quais se pode aferir como tem procedido a polícia na condução de suas investigações e quais são as deficiências dos órgãos policiais.

Por óbvio que são muitas as críticas a esse instrumento, considerado retrógrado e ultrapassado. Discute-se, inclusive possibilidade de sua extinção. No entanto, ainda continua sendo o procedimento existente e diante da ausência de outro, deve ser constantemente aprimorado, inclusive, mediante intervenção e acompanhamento do Ministério Público.

Neste aspecto, tem-se a possibilidade real de aproximação entre o agente ministerial e a polícia investigativa, posto que, acompanhando os inquéritos, integrando-se à rotina das unidades policiais e interagindo com seus servidores, poderá dar maior efetividade e eficiência à persecução penal, haja vista que tal integração pode diminuir o tempo de tramitação de inquéritos e melhorar a qualidade das investigações. Afinal, quem melhor do que o titular da ação penal para transmitir aos órgãos de investigação quais são as diligências prioritárias para a apuração dos crimes e de sua autoria e para o sucesso futuro de eventual ação penal?

### **GAECO – GRUPOS DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO.**

Esta realidade já se encontra ao nosso alcance, por exemplo, no trabalho conjunto entre Polícias e Ministério Público, por meio dos GAECOS – Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado<sup>9</sup>, nos termos do Decreto Estadual n.º 10.296, de 26 de fevereiro de 2014<sup>10</sup>.

Muito embora a ideia principal dos GAECOS não seja o controle externo da atividade policial, mas o combate ao crime organizado, é inequívoca a conclusão de que a proximidade entre o Ministério Público e as Polícias tem contribuído para que a persecução penal seja mais efetiva.

---

<sup>9</sup> Art. 1º O Poder Executivo Estadual atuará em cooperação com o Ministério Público do Estado do Paraná, no Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO, com atribuições em todo o território do Estado. Parágrafo único. O GAECO atuará de forma integrada e funcionará em instalações próprias, contando com pessoal, equipamentos, mobiliário, armamento e veículos necessários à preservação da segurança institucional e ao desempenho de suas atribuições, com vistas ao aperfeiçoamento da Política Estadual de Segurança Pública.

<sup>10</sup> Súmula: Estabelece as diretrizes de cooperação do Poder Executivo Estadual com o Ministério Público do Estado do Paraná, no Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, e dá outras providências.

O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E COMO DESAFIO E OPORTUNIDADE DE APROXIMAÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA INVESTIGATIVA

De acordo com o Decreto Estadual n.º 10.296, de 26 de fevereiro de 2014, podem integrar o GAECO os membros do Ministério Público, representantes da Secretaria de Segurança Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e Secretaria de Estado da Fazenda (art. 2º).

Segundo disposição normativa (art. 4º), os integrantes do GAECO exercerão suas funções institucionais dentro da legalidade e constitucionalidade, sendo que o trabalho em cooperação objetiva:

- I - Realizar investigações e serviços de inteligência;*
- II - Requisitar, instaurar e conduzir inquéritos policiais;*
- III - Realizar outras atividades necessárias à indicação de autoria e produção de provas;*
- IV - Formar e manter bancos de dados, requisitando informações e documentos de entidades públicas e privadas, inclusive de natureza cadastral;*
- V - Requisitar diretamente de órgãos públicos informações, exames, perícias e documentos necessários a consecução de suas atividades;*
- VI - Oferecer denúncia e acompanhar a respectiva ação penal; requerer o arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório criminal;*
- VII - promover medidas judiciais necessárias ao combate ao crime organizado, zelando por sua execução.*

Juntamente com o valoroso empenho individual dos integrantes dos GAECOS e que deve ser absolutamente reconhecido, o sucesso na repressão à criminalidade organizada advém do trabalho em cooperação entre várias instituições, cujas finalidades são as mesmas: garantir a segurança pública.

A estrutura do GAECO, inclusive, representa a atual conformação constitucional da persecução penal na medida em que a Polícia realiza sua atribuição de investigar crimes (*Art. 5º Os inquéritos policiais de atribuição do GAECO serão presididos por Delegado de Polícia*), sem a sobrecarga que a responsabilidade pelas carceragens traz e que caracteriza absurdo desvio de função.

Por sua vez, o Ministério Público exerce a titularidade na promoção da ação penal e efetua o controle externo da atividade policial (*Art. 3º. A Coordenação dos Núcleos do GAECO, exercida por um representante do Ministério Público*) ao requisitar diligências, participar da produção da prova, oferecer denúncia e promover o arquivamento dos inquéritos policiais.

O resultado dessa integração pode ser resumido na dicção do art. 5º, § 1º: *Os integrantes do GAECO zelarão para que a coleta de provas seja orientada pelos princípios da utilidade, eficácia, probidade e celeridade na conclusão das investigações.*

Em suma, é possível adaptar, no que couber, a experiência representada pelo GAECO às demais promotorias de justiça com atribuição criminal, através da mudança de mentalidade dos membros do Ministério Público e da Polícia em relação ao controle externo da atividade policial.

### **PIP – PROMOTORIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS**

As Promotorias de Inquéritos Policiais representam outro instrumento já disponível para esse fim. , instaladas no Paraná há alguns anos, passaram a acompanhar quase exclusivamente inquéritos policiais. Atualmente, só existe na Comarca de Londrina, onde lhe cabe atuar em inquéritos policiais de réus soltos, notícias de crimes e seus respectivos incidentes.

Sua atuação efetiva em inquéritos policiais permite que se tenha um bom panorama da qualidade das investigações e das condições da Polícia Civil, em todos os distritos policiais e delegacias. Essa atuação possibilita intervenções pontuais para diminuir as deficiências constatadas, tais como requisitar diligências, expedir recomendações, representar à Corregedoria da Polícia Civil situações de desídia, ineficiência e abusos envolvendo servidores policiais.

As visitas frequentes nas unidades policiais, ainda que informais, possibilitam a aproximação com agentes policiais e delegados de polícia e o diagnóstico acerca da eficiência ou ineficiência de cada agente, de cada unidade, permitindo que sejam tomadas medidas para aprimoramento ou para apuração de desvios.

Desta forma, a Promotoria de Inquéritos Policiais tem atuado de modo a realizar, com mais efetividade o controle externo da polícia civil e o acompanhamento dos inquéritos policiais. Os resultados já podem ser verificados na expressiva diminuição do número de inquéritos policiais em andamento, no aumento quantitativo e qualitativo de diligências realizadas em inquéritos de réus soltos, alcançando uma persecução penal mais eficiente e tornando mais evidente a percepção do caráter de prevenção e de reprovação do direito penal.

Mas é preciso ainda avançar. É preciso que as promotorias tenham estrutura para se aprofundar no controle externo, a fim de exercê-lo em sua plenitude, inclusive com a propositura de ações cíveis com o fim de obter melhores condições de trabalho para a polícia, com o fim de excluir da força policial servidores desiduosos ou ineficientes. É preciso ainda que não apenas promotorias especializadas aproximem-se, pontualmente, da Polícia, é preciso que haja uma aproximação institucional.

Para isso, é imprescindível, por exemplo, que haja capacitação dos membros do Ministério Público em temas como métodos de prevenção da criminalidade, mecanismos de investigação criminal, padrões de policiamento, eficácia de estratégias policiais, taxas de incidência criminal e, ainda, experiências bem e mal sucedidas em outros lugares.

Além disso, o Ministério Público necessita ter acesso aos dados referentes à atuação da polícia, tais como número de feitos instaurados, em andamento, número de boletins de ocorrência, etc, e, em especial, aos dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública, o que está previsto, inclusive no Manual Nacional de Controle Externo, do Conselho Nacional do Ministério Público. No entanto, atualmente, as promotorias de Justiça do Paraná sequer possuem acesso aos dados de identificação civil de pessoas, de localização de presos, que são de extrema relevância para o seu funcionamento regular.

## CONCLUSÕES

1) Para garantia do exercício do direito fundamental à segurança, tutelado nos art. 5º e 6º da Constituição Federal, é preciso que se reconheça que Ministério Público e Polícia Investigativa possuem uma relação de co-dependência enquanto agentes estatais incumbidos de exercer a persecução penal. Assim, cada um deve atuar com independência, de maneira integrada, cumprindo o seu papel conforme disciplina a Constituição Federal, inclusive partindo dos modelos da PIP e GAECO, com vistas a dar concretude aos princípios da utilidade, eficácia, probidade e celeridade na conclusão das investigações;

2) É preciso que o Ministério Público assuma efetivamente o controle externo da atividade policial, previsto no artigo 129, VII, da Constituição Federal, a fim de verificar e corrigir irregularidades, coibir abusos, para auxiliar no aprimoramento da atuação policial, para melhorar a estrutura material e humana da polícia investigativa, com vistas a dar maior eficiência à persecução penal.

3) Para que o Ministério Público possa realizar o controle externo da atividade policial, de forma plena e eficaz, é preciso que haja compreensão acerca da importância de investimento e de priorização da atuação criminal, pois o controle externo não se trata de atividade ministerial secundária, mas prioritária para o alcance de resultados mais satisfatórios visando garantir o direito fundamental à segurança. Este objetivo certamente não será alcançado apenas com visitas semestrais em unidades policiais e com cartas de intenção meramente retóricas, mas com atuação extrajudicial e judicial com vistas a melhorar a estrutura pessoal e material da Polícia Civil, inclusive com previsão expressa nas resoluções de distribuição de serviços das Promotorias de Justiça;

4) A priorização do controle externo deve envolver a capacitação dos membros do Ministério Público em temas como métodos de prevenção da criminalidade, mecanismos de investigação criminal, padrões de policiamento, eficácia de estratégias policiais, taxas de incidência criminal, e a celebração de convênios para acesso aos registros de ocorrências e banco de dados policiais (SESP Intranet), e outros visando o aprimoramento das estatísticas, com facilitação dos sistemas informáticos, conforme Manual Nacional de Controle Externo.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código de Penal**. Disponível in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 559646. Relator Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, disponível in <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento n.º 810410. Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, disponível in <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação cível n.º 1182442-3. Rel. Desembargador Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível, julgada em 20/05/2014, disponível in: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação cível n.º 925295-3. Rel. Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª Câmara Cível, julgada em 04/12/2012, disponível in: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação cível n.º 1101479-2. Rel. Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª Câmara Cível, julgada em 19/11/2013, disponível in: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação cível n.º 111401-6. Rel. Desembargador Fernando Antonio Prazeres, 13ª Câmara Cível, julgada em 08/02/2012, disponível in: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de Controle Externo da Atividade Policial**. Coordenado por Adriano Alves Marreiros. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Ministério Público, 2012.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

PARANÁ. **Decreto Estadual n.º 10.296, de 26 de fevereiro de 2014**. Disponível in: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=114336&indice=1&totalRegistros=261&anoSpan=2014&anoSelecionado=2014&mesSelecionado=2&isPaginado=true>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

HARRIS, David A.. **The Interaction and Relationship between Prosecutors and Police Officers in the U.S., and How this Affects Police Reform Efforts** - University of Pittsburgh - School of Law - June 13, 2011 <http://www.npr.org/2014/12/04/368529402/its-a-complicated-relationship-between-prosecutors-police>

LUNA, Erik, WADE Marianne. **The Prosecutor in Transnational Perspective**, eds., Oxford University Press, 2011 [U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-19](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1864118) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1864118](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1864118)



# ***PRISÃO CAUTELAR ELETRÔNICA***

*ANDRÉ SILVANI SILVA CARNEIRO*

O Ordenamento Jurídico Nacional, as Tecnologias Modernas e os Recursos Financeiros já permitem que se promova uma atualização e ampliação na aplicação de Medidas Cautelares Diversas da Prisão.

## Prisão Cautelar Eletrônica

“(‘Doutor, estão me tratando como bicho, quando eu sair daqui, vou sair mordendo...’)

Ouvi essa frase algumas vezes, enquanto era Conselheiro Penitenciário, outras como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB e mais algumas como advogado, em diferentes presídios e diferentes contextos, mas todas com o mesmo fio condutor: as condições medievais em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, com raras exceções. O caso narrado abaixo não é isolado, muito pelo contrário, está próximo da regra nacional...

A violência ilegítima, os excessos e abusos na execução da pena, retroalimentam o ciclo da violência. Muitos ainda não se deram conta de que punir é um ato legítimo e civilizatório, mas não dessa forma, não como estamos fazendo. Nem vou falar do mito da “ressocialização”, pois não acredito nisso, sigo a teoria agnóstica da pena. Estou falando apenas do caráter retributivo da pena, legitimado pelo direito penal e o devido processo.

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 a 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...

E ainda querem reduzir a maioridade penal...”<sup>1</sup>

### 1. JUSTIFICATIVA

Sabe-se que desde o primeiro e ainda que desconhecido simples invento humano, tornou-se ininterrupto e progressivo o aperfeiçoamento tecnológico em todas as mais diversas áreas do conhecimento e atividade humanos.

Dentro de um conceito atual a *Tecnologia é um produto da ciência e da engenharia que envolve um conjunto de instrumentos, métodos e técnicas que visam a resolução de problemas. É uma aplicação prática do conhecimento científico em diversas áreas de pesquisa. As tecnologias primitivas ou clássicas envolvem a descoberta do fogo, a invenção da roda, a escrita, dentre outras. As tecnologias medievais englobam invenções como a prensa móvel, tecnologias militares com a criação de armas ou as tecnologias das grandes navegações que permitiram a expansão marítima. As invenções tecnológicas da Revolução Industrial (século XVIII) provocaram profundas transformações no processo produtivo. A partir do século XX, destacam-se as tecnologias de informação e comunicação através da evolução das telecomunicações, utilização dos computadores, desenvolvimento da internet e ainda, as tecnologias avançadas, que englobam a utilização de Energia Nuclear, Nanotecnologia, Biotecnologia, etc. Atualmente, a alta tecnologia, ou seja, a tecnologia mais avançada é conhecida como tecnologia de ponta.*<sup>2</sup>

As inovações surgidas com o emprego prático da ciência em sociedade continuarão provocando grande impacto no nosso cotidiano, como é notório perceber diante de uma simples reflexão sobre o que se apresenta hoje ao nosso redor: sons, imagens, estímulos, desafios, oportunidades, informações, prazeres, facilidades, mobilidade, transparência, saúde... Em cada tema, seus particularizados favoráveis e também contrários indicadores.

Trazendo sempre à luz marcantes questões éticas e entendido como inerente à condição humana, o desenvolvimento tecnológico vai continuar se ampliando e tornando-se cada vez mais presente e inevitável em absolutamente todos os aspectos de nossas vidas, sucessivamente a mais do que já hoje ocorre.

Refleta-se sobre o que já é possível realizar e que sequer percebemos, na área da comunicação digital, por exemplo. Os modernos e diversos aparelhos de mídia eletrônica atuais, por meio do sistema denominado

---

<sup>1</sup> **Aury Celso Lima Lopes Junior** – jurista especialista em Direito desde 1993, com doutorado em Direito Processual Penal pela Universidade Complutense de Madrid em 1999; foi professor da Fundação Universidade Federal do Rio Grande de 1993 à 2003; é professor da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul desde 2000; é professor Titular do Programa de Pós-Graduação - Especialização, Mestrado e Doutorado - em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; autor de diversas obras jurídicas.

<sup>2</sup> <http://www.significados.com.br/tecnologia-2/>

*wi-fi*, permitem o acesso aos serviços de *internet* e a uma infinidade de outras atividades e misteres. A chamada *net flix* é uma das inúmeras alternativas de entretenimento onde se oferece a mais de **50 milhões de assinantes pagos, em mais de 40 países, mais de um bilhão de horas de filmes, séries de TV e produções originais por mês**, ininterruptamente, ainda que um número incontável de pessoas pelo mundo esteja promovendo uma série de diversas solicitações aquele mesmo serviço, tal qual ocorre neste exato momento em todo o mundo.

Mas o serviço prestado assim é apenas um entre as incalculáveis, crescentes e intermináveis tecnologias disponíveis e controladas 24h por dia pela chamada *internet*<sup>3</sup>, um sistema global de redes de computadores interligados para servir a bilhões de usuários no planeta inteiro e cuja técnica se aperfeiçoa continuamente. Enquanto se prepara um texto como este, pode-se pesquisar alternadamente na rede, usando o mesmo computador em que se redige o documento, algo incomparável e mesmo inimaginável com o que se praticava há apenas 20 anos atrás, quando tudo o que a maioria de nós dispunha eram alguns poucos livros e uma portátil máquina de escrever.

No Brasil também somos capazes de inovar, em que pese a escassez de investimentos. Há exemplos marcantes do desenvolvimento e aplicação também de específicas tecnologias, como a **eleição e apuração eletrônicas**. 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 apuração. Inaugurando uma fase ainda mais avançada, o sistema permitiu que mais de 23 milhões de brasileiros pudessem se utilizar da biometria (identificação por meio das digitais) nas urnas para votar, tornando o sistema ainda mais automatizado e seguro<sup>4</sup>. Agora temos, os que alcançaram, lembrar como se dava a apuração de uma eleição há bem pouco tempo.

Em toda a Região Metropolitana do Recife vem sendo usada a denominada **biometria digital** pelo sistema público de transportes, “uma ferramenta fundamental para acabar com as fraudes no uso das gratuidades e meia passagem”. No início de outubro de 2014 39% dos passageiros que têm o benefício já estavam aptos a fazer uso da nova tecnologia nos ônibus e a meta é a inclusão de todos até o ano de 2015 – o sistema também será capaz de incluir os idosos, que também têm direito à gratuidade. Cerca de 60% da frota (em outubro de 2014) de 3.600 ônibus no sistema já detém o equipamento, composto de um leitor digital (validador digital), ao lado da catraca e aí “basta deslizar o dedo no leitor digital”. O sistema custa, em média, R\$ 5 milhões, incluindo os equipamentos instalados nos ônibus e o software: “Trabalhei um ônibus, no último domingo, que tinha o validador digital e alguns passageiros precisaram colocar o dedo para comprovar que eram os titulares dos cartões de Livre Acesso. Funcionou sem problemas” (Joana Oliveira – cobradora de ônibus)<sup>5</sup>. Ontem mesmo o “passe estudantil” era considerado mecanismo muito útil e moderno.

É essa mesma gama de tecnologia em permanente aperfeiçoamento que tornou realidade no meio jurídico a realização de audiências por meio de vídeo conferência e/ou aquelas gravadas digitalmente e que permite o processo judicial eletrônico e a assinatura digital, com absoluta segurança e eficiência e implicações positivas as mais diversas e ainda não totalmente exploradas.

No que tange a própria digitalização do processo judicial, viabilizada legalmente a partir da Lei Federal n. 11.419/2006, permite-se toda a tramitação do processo e até atos de comunicação por meio eletrônico, tornando tudo mais célere e a custos bem mais reduzidos. Já é possível, com o emprego da tecnologia disponível, até mesmo a tramitação inteira de uma ação penal sem que as partes, testemunhas, juiz, ou serventuários tenham qualquer tipo de aproximação real e tudo isso com a maior segurança e sem prejuízo à instrução do feito. Eis o futuro, presente... Basta o querer e o investir.

Contudo, quando se trata da **execução penal** e mesmo **dos meios provisórios de restrição da liberdade individual**, móvel inspirador deste trabalho, ainda estamos na Idade Média ou quiçá um pouco pior, já que naquele momento do desenvolvimento humano as leis, a cultura e também a tecnologia disponível à época eram talvez compatíveis com a realidade vivenciada.

No passado também já foi natural e até legal que o mal que fizesse recebesse o infrator em igual moeda (Código de Hammurabi – Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente” – 1.700 a.C). Aliás, resquícios ainda muito fortes de tal barbárie ainda existem é verdade, mas há muito deixaram de ser uma tendência e estão sendo rejeitados cada vez mais pela humanidade.

No Brasil, a vedação aos abusos contra direitos e garantias fundamentais é absoluto e isso tem abrigo na própria Constituição da República. Não temos a pena de morte, senão na remota condição de guerra

3 <http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>

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

5 Jornal Diário de Pernambuco, Caderno Cidades, pag. 4, Edição de 04 de setembro de 2014.



declarada, quando a pena é executada por fuzilamento, mesmo método utilizado para executar recentemente dois brasileiros na Indonésia.

Como para os crimes comuns não há pena de morte, talvez também por isso a população, os políticos e especialmente os operadores do direito, deveriam estar um pouco mais atentos às condições do cárcere e a forma de cumprimento das medidas prisionais, já que o sistema deve se dirigir a um melhoramento do indivíduo que hoje está preso, mas que amanhã voltará a conviver com e entre todos nós.

É claro que toda sorte de razões surge a tentar justificar a conservação do indivíduo (ou de determinadas pessoas) no cárcere estatal, ainda que diante da constatação da violação de direitos e garantias fundamentais e, por consequência, do próprio ordenamento jurídico nacional. Os argumentos apresentados para tentar justificar a prisão sob qualquer contexto em que sendo ela cumprida, envolvem prioridades, custos, orçamentos deficitários e até a necessidade concorrente de se proteger a sociedade, o que superaria o “interesse individual da liberdade”. Mas o que nos propomos a discutir aqui é outra coisa: a violação de direitos e garantias fundamentais pelo **Estado Administração**, com a omissão do **Estado Juiz** e do **Estado Ministério Público**, no contexto de novas possibilidades tecnológicas, ainda timidamente experimentadas.

Daí se falar em uma **Execução Penal Eletrônica**, como se fala e já se pratica um **processo penal eletrônico** e porque se assiste o uso da tecnologia em tudo, buscando-se também aqui o seu máximo potencial de aplicação. Não se propõe solução instantânea, por exemplo, da superlotação ou ao desrespeito a direitos fundamentais, mas apenas mais uma alternativa possível e desejável, sobretudo uma oportunidade de se pensar acelerar uma **transição** que já é visível entre o que está posto e o que poderá surgir em **substituição ou de forma complementar**, em um futuro muito próximo e já tecnológica e materialmente possível.

Idêntica reflexão nos permite imaginar a criação de um novo regime de pena, inserido entre **as fases da execução da pena** e, tal qual existem os regimes fechado, aberto e semiaberto, é plena e tecnologicamente possível o surgimento de um **regime monitorado** na progressão ou mesmo um sistema misto, contemplando a ideia do que já é conhecido, acompanhado de monitoramento. Esse pensamento indica que adiante, sempre que necessário, o cumprimento de qualquer medida restritiva de direitos ou da liberdade poderá ser monitorado eletronicamente, mas estando sempre presente o elemento humano necessário à individualização de cada caso concreto.

Mas, há que se matutar também sobre o que a sociedade espera para começar a ampliar o que as leis do nosso país já timidamente começam a admitir e diante dos avanços e possibilidades humanas e tecnológicas a nossa disposição.

É que houve um tempo em que presídios não existiam, eles simplesmente ainda não faziam parte do invento humano, pois éramos ignorantes demais em dado momento de nossa História. Depois, pareceram imprescindíveis e aí logo surgiram, já que a sociedade progredira. Hoje as prisões ainda estão aí e talvez a sua jornada épica esteja terminando, porquanto continuamos evoluindo.

Por isso, em meio a uma infinidade de possibilidades no vasto universo da inovação científica e das mudanças permanentes em sociedade, a presente exposição se propõe a ponderar acerca da possibilidade de avanços na aplicação de uma autêntica “**execução penal eletrônica**” e ainda especialmente na direção da “**prisão cautelar eletrônica**”, como alternativas jurídica e tecnologicamente possíveis, que se contrapõem ou que complementam os sistemas tradicionais de encarceramento, contribuindo para o fim da violação de direitos e garantias fundamentais pelo Estado.

## 1.2. DA LEGISLAÇÃO SOBRE A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

No Brasil a **Lei 12.258/2010** trouxe para a Execução Penal a realidade da monitoração eletrônica aplicável **ao condenado**, ao passo que a **Lei n. 12.403/2011** possibilitou o mesmo fim, como medida cautelar diversa da prisão, **ao preso provisório**. A primeira é agora tratada na chamada **Lei da Execução Penal** (Art. 146-B), a outra no **Código de Processo Penal** (Art. 319).

No que se refere ao **condenado**, somente se admite a monitoração em duas hipóteses: saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar.

Quanto ao indivíduo apenas criminalmente **processado** a monitoração eletrônica pode ser aplicada como medida cautelar diversa da prisão, abrindo um leque de possibilidades plenas:

“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.”

Vê-se que a quase totalidade das medidas cautelares aponta para a necessidade do acompanhamento por monitoração, pois somente o emprego de tal tecnologia pode tornar mais efetivas as demais medidas, já que a fiscalização pelos meios tradicionais se torna praticamente impossível, ainda mais diante do grande número de beneficiários, o que se tem demonstrado cotidianamente.

O emprego, então, das medidas cautelares em conjunto com a aplicação de tecnologias de monitoração avançada hoje disponíveis, possibilita o acompanhamento automatizado diuturno (se necessário), **com segurança e confiabilidade**, de absolutamente todas as medidas cautelares diversas da prisão.

Porém, a aplicação unicamente da monitoração digital não tem o menor sentido e perde a sua importância. Deve ser ela a porta para viabilizar uma individualização de cada caso, efetivamente possibilitando controle social e estatal das medidas aplicadas: pelo Executivo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB e organizações sociais específicas.

Assim, em qualquer situação, seja no caso do indivíduo condenado, seja na hipótese do processado criminalmente, ao ser experimentado o monitoramento com critério e rigor técnico, desde que associado a outras medidas complementares, pode ser ferramenta útil e eficaz que à prisão tradicional não se compara.

### 1.3. DOS ORGANISMOS DE APOIO ESTATAL<sup>6</sup>

Já opinamos no sentido de que a monitoração pura e simples não resolve. Existem organismos estatais que devem ser utilizados e aperfeiçoados quando se defende a ideia da priorização das medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser seguidas, quanto à fiscalização, por alguma forma de monitoração específica, mas que seja também capaz de permitir o necessário acompanhamento e controle do caso.

Os Centros de Atendimento Psicossocial – CAPS (especializados - CAPS-AD), ao lado das denominadas comunidades terapêuticas, podem viabilizar a elaboração e o acompanhamento de um **PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO**, com uma meta definida em cada situação.

Há, ainda, os Centros de Referência de Assistência Social – CRAS, que são órgãos municipais que fazem parte de políticas de proteção básica de assistência social de baixa complexidade, compostos por assistentes sociais, psicólogos, advogados etc. São responsáveis também pela inclusão do seu público em programas básicos do Estado.

Os Centros de Referência Especial de Assistência Social – CREAS são voltados para políticas de proteção de assistência social de alta complexidade e atuam quando os direitos estão sendo ofendidos e na iminência da dissolução de laços familiares. A Capital de Pernambuco dispõe de apenas três, mas o planejamento do Município do Recife previa mais quatro até o final do ano de 2014. Talvez esse seja o tipo de organismo mais adequado para receber o preso e individualizar o caso para a execução de um Plano Individual de Atendimento.

<sup>6</sup> Dados fornecidos pelo Promotor de Justiça Maxwell Anderson de Lucena Vignoli, no exercício da promotoria de Execuções Penais.

Existem, também, as **instituições de longa permanência**, que são acolhedoras de determinados casos, incluindo adultos sem moradia. Os **Albergues** são voltados para as pessoas com um pouco mais de autonomia, mas que ainda precisam de alguma assistência. E a figura do **aluguel social** é destinado aqueles que não têm condição de moradia, passando a receber um auxílio financeiro.

Toda essa estrutura pode ser utilizada para receber o beneficiário proveniente do sistema prisional e que esteja sujeito a alguma forma de monitoração eletrônica, para que seja procedido a uma individualização do caso, com vistas a inclusão de atividades e compromissos que possam vir a contribuir com o seu melhoramento profissional e humano (plano individual), sendo a execução facilitada pela aplicação de monitoração específica, desenvolvida e adequada a tal finalidade.

Ressalte-se, ainda, que o sistema prisional já dispõe de equipe multidisciplinar capaz de promover um diagnóstico de cada indivíduo, particularizando as necessidades ligadas a cada situação.

Ao lado disso, o emprego de uma tecnologia de monitoração moderna e específica, pode simplificar o trabalho de fiscalização e ainda o cumprimento das medidas pelo beneficiário. Um sistema de automação voltado a esse propósito deve contemplar o acompanhamento seguro do desenvolvimento do plano individual de cada beneficiário, até a finalização do cumprimento de todas as medidas ali propostas. A ideia contempla tanto a prisão provisória como a definitiva, incluindo o sistema aberto, sempre que se justificar a monitoração, sobretudo na busca da efetividade dos objetivos envolvidos.

#### 1.4. DO MONITORAMENTO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A monitoração eletrônica tem ensejado saudáveis discussões também em torno de circunstâncias ligadas à dignidade do indivíduo.

Entendemos que a vigilância monitorada eletronicamente não deve ser encarada como a última e nem a única alternativa à prisão, banalizando-se com isso a aplicação da medida. Sua aplicação somente precisa ocorrer quando se mostrar necessária no caso concreto e deve ser acompanhada de um conjunto de outras medidas cautelares diversas da prisão e sempre precedida de um estudo personalizado, voltado ao melhoramento humano que também se justifique pelo bem da coletividade.

Assim, sendo também clara a percepção de que a monitoração eletrônica se coloca como alternativa ao cárcere estatal em situações determinadas, é bem mais compreensível e aceitável a sua utilização temporária para evitar a aplicação de medida deveras mais odiosa nesse claro momento de transição social em relação a forma legal de restrição da liberdade individual.

No cárcere atualmente conhecido e ainda que se apresente em condições consideradas ideais, a restrição à liberdade e as limitações reais a ressocialização são incomparáveis às possibilidades que em contrapartida oferece a vigilância indireta, ainda que também frequentemente indesejável pelo indivíduo objeto dessa forma de controle estatal.

Porém, como aqui já ressaltado, faz-se necessário que à monitoração sejam empregados outros mecanismos de acompanhamento individualizado em cada caso, tanto aqueles que se apresentam em proveito direto do beneficiário, como outros de interesse da sociedade.

Guilherme Nucci entende como naturalmente aceitável o monitoramento, pois do contrário “jamais se saberia se o sistema instituído tem resultado positivo”.<sup>7</sup>

Há ainda que se considerar os potenciais reflexos práticos positivos aos próprios estabelecimentos prisionais, ainda considerados necessários na atual fase do desenvolvimento humano. Ora, quanto maior o emprego da monitoração eletrônica, menor o número de encarcerados, contribuindo isso com a diminuição da superlotação e permitindo a retomada efetiva do controle dos estabelecimentos penais, dessa forma ainda viabilizando a inserção de programas diversos no cárcere, hoje impossíveis de serem disponibilizados, incluindo também a segurança de presos e agentes penitenciários e de outros diversos profissionais que atuam junto ao sistema penitenciário.

Registre-se que em abril de 2015, os presos provisórios em Pernambuco representavam mais de 60% (sessenta por cento) da população carcerária, o que significa um potencial enorme para a aplicação dessas medidas de controle indireto.

---

7 Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal – 2014, Ed. Forense.

Contudo, mesmo sendo vista como medida mais adequada à prisão tradicional, implica a monitoração eletrônica em uma forma de restrição ainda indesejável e que, por suas implicações negativas, especialmente enquanto providência cautelar, deve ser adotada com rigoroso critério, para que não seja mal empregada. Neste sentido:

“PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. MONITORAMENTO ELETRÔNICO DESNECESSÁRIO. CUMPRIMENTO SATISFATÓRIO PELOS ACUSADOS DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORMENTE IMPOSTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1- A imposição de mais uma medida cautelar (monitoramento eletrônico) pela autoridade impetrada se configura um verdadeiro constrangimento ilegal na liberdade dos pacientes, quando as medidas cautelares anteriormente impostas se revelarem suficientes para acautelar o processo. 2- Ordem de Habeas Corpus concedida.” (TRF-2 - HC - HABEAS CORPUS - : HC 201202010029537)

Assim, ao momento da nossa História, a monitoração eletrônica, ainda se comparada ao encarceramento puro e simples e muito mais ao ser empregado junto a outras medidas e e com rigoroso critério, revela-se instrumento pródigo em possibilidades efetivas de ressocialização e respeito à dignidade humana, o que poderá ser melhor compreendido diante dos destaques a seguir.

### 1.5. DA REALIDADE CARCERÁRIA

Tem sido rotineira a adoção pelo Ministério Público de medidas administrativas e judiciais em face das absurdas condições do sistema prisional, mas sem resultados efetivos. Quando muito, ocorre a simples transferência de presos para outros estabelecimentos oficiais, o que só agrava a situação geral dos removidos e ainda dos que em tais ocasiões os recebem.

Tomando como exemplo a situação em Pernambuco, no ano de 2013, segundo dados oficiais da Secretaria de Ressocialização do Estado, foram apreendidas entre os internos do Complexo Penitenciário outrora conhecido com 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 de abusos no local, apresentadas até mesmo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em geral 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” (mais de 200) teriam funções disciplinares e são autorizados por funcionários públicos, com controle sobre diversas celas e pavilhões. A figura do “chaveiro” permanece, embora com outra denominação, pois a superlotação faz “necessário” essa anomalia no sistema.<sup>8</sup>

Assim, em maior ou menor complexidade, via de regra as condições do cumprimento de qualquer medida restritiva da liberdade, também no restante do Brasil, desafiam aos operadores do direito a um (re)exame decorrente de imposição de ordem constitucional sobre se existe algum tipo de fundamentação jurídica válida para permitir a manutenção do indivíduo em cárcere que viola direitos humanos elementares.

No caso dos estabelecimentos penais que servem à Região Metropolitana do Recife, **inclusive o COTEL** (centro de triagem), 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 a todos, especialmente no que se refere ao propósito ressocializador da pena que, tanto ou mais que o aspecto retributivo, deve receber as reformas necessárias para que se torne certo.

Em sentido contrário ao devido e desejado, vê-se hoje nossos estabelecimentos prisionais serem chamados de universidades do crime. Eles aumentam em número, tanto o quanto crescem em péssimas condições gerais. E custam caro.

<sup>8</sup> Informações constantes de relatórios elaborados por organismos internacionais sobre estabelecimento no Estado de Pernambuco, mas que se tornaram notórias por reiteradas divulgações pelos meios de comunicação no Brasil.

O país dispõe 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).<sup>9</sup>

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, dês que não são oferecidas ali ambiência e nem ferramentas de ressocialização mínimas, muito pelo contrário.

A inexistência de efetivo controle estatal, com o caos instalado pela superlotação absurda, permite que os presos estabeleçam suas próprias regras no interior dos estabelecimentos prisionais, o que tem proporcionado cenários os mais cruéis e dantescos 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 inevitável (aceitável?) ou, o que é pior, qualquer coisa que deva ser ignorada e relegada ao esquecimento, ou porque não há solução ou porque resolver não interessa.

Mas, como pontua Walmyr Júnior, graduado em História pela PUC-RJ:

“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.”

De fato, a problemática em torno do sistema prisional no Brasil está inserida em uma realidade sistêmica e histórica nada racional.

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 vagas, apresenta um número de 3.596 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, porém depositando 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. Somente estes números deveriam ser suficientes a dispensar maiores comentários, mas infelizmente se faz necessário expor muito mais.

Vê-se que é sem dúvida notório que tais estabelecimentos prisionais, 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** e condição necessária ao reconhecimento de um verdadeiro Estado de Direito, que dizemos ser, mas não somos. Trata-se do desrespeito a direitos e garantias fundamentais não afetados nem mesmo com a condenação e juridicamente impossíveis de serem excepcionados quanto a sua inviolabilidade.

Porém, é preciso que se diga que a questão respeitante à superlotação dos estabelecimentos, embora por si só muito grave, não é o maior dos problemas que ali se verifica existir e 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 brasileiro, notadamente no que tange à ressocialização.

E num 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. 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 e morre-se; estupra-se; escraviza-se; adoecce-se, tudo por causa da ilegalidade, que muitos de nós operadores do direito estamos a chancelar diuturnamente com nossa omissão, pois não há como justificarmos consentir em tamanha barbárie.

## 1.6. DOS CUSTOS COM O SISTEMA PENITENCIÁRIO

A construção de novos estabelecimentos parece apenas promover o crescimento dos custos da manutenção do sistema e a reprodução dos mesmos intoleráveis problemas, indo de encontro às modernas tendências de aplicação e controle da pena/ressocialização que a tecnologia pode ajudar a promover.

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

Calcula-se que o país gasta mais de R\$ 40 mil por ano em cada preso mantido em presídio federal, ao passo em que investe, em média, somente R\$ 15 mil com cada aluno do ensino superior, o que equivale a cerca de um terço do valor gasto com os detentos. Na comparação com os detentos de presídios estaduais, onde está a maior parte da população carcerária, e alunos do ensino médio (nível de ensino a cargo dos governos estaduais), a distância é ainda maior: são gastos, em média, R\$ 21 mil por ano com cada preso — nove vezes mais do que o gasto por aluno no ensino médio por ano, R\$ 2,3 mil.<sup>10</sup>

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 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 e que soma quase o dobro da população que o sistema está estruturado para receber: 300.000.<sup>11</sup>

Em Pernambuco as obras para a construção de um presídio no Município de Itaquianga, com capacidade para três mil presos, estão paradas. 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 iniciaram em junho de 2010 e o final da obra estava previsto para outubro de 2012, foi adiado para 2013 e têm promessa para terminar em 2015. Fala-se num custo da ordem de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) apenas com a manutenção desse novo estabelecimento.

Portanto, edificar e manter presídios custa muito caro e é demorado e complexo, ao contrário do que ocorre com o investimento e a implementação de tecnologias de ponta, sendo esta pensada tanto no sentido de se promover uma nova forma de execução penal, como especialmente para possibilitar a aplicação de medida diversa da prisão.

Esses gastos representam ao final um desperdício incomensurável, já que a sociedade acaba por receber indivíduos egressos de um sistema que, para além de dispendioso, contrapõe-se ao seu teórico propósito de ressocialização, devolvendo ao convívio e interação sociais pessoas ainda mais dissociadas da coexistência com os seus pares.

## **1.7. DAS DENÚNCIAS E CONSEQUÊNCIAS À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DE PERNAMBUCO**

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 Presidente Dilma Rousseff e à organizações de direitos humanos diversas: “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” (vide [cartamaior.com.br](http://cartamaior.com.br)).

De outra banda, a agravar a exposição de Pernambuco e ainda do ente Estatal 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, que envolve o antigo Presídio Professor Aníbal Bruno, dividido em fevereiro de 2012 e hoje composto de três unidades prisionais: Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros - PJALLB; Presídio Marcelo Francisco de Araújo - PAMFA; e Presídio Frei Damião de Bozzano – PFDB.

Tais medidas provisórias de que se cuida têm origem em precedidas providências cautelares em trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos desde 04 de agosto de 2011, “após haver recebido informação, entre outros, sobre 55 mortes violentas ocorridas neste centro penitenciário desde 2008...”, as quais foram ampliadas em outubro de 2012, “a fim de proteger também os funcionários do centro penitenciário e seus visitantes”.

10 Dólar próximo a data de tais projeções - 19.04.2015, equivalente a R\$ 3,04 (<http://dolarhoje.com>)

11 <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>

É este o contexto em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos resolveu, entre outras coisas “Requerer ao Estado que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, assim como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários e visitantes...”.

Todavia, mesmo em razão das denúncias ora destacadas e solicitações feitas pela Corte Interamericana, essencialmente nada mudou.

Ressalte-se que, embora seja a resolução baseada apenas no complexo penitenciário do Curado, sabe-se que a realidade da Penitenciária de Igarassú-PE, por exemplo, é ainda mais grave e não foi sequer conhecida por tal importante organismo internacional.

## 1.8. DAS POSSIBILIDADES TECNOLÓGICAS

A Lei de Inovação Tecnológica – Lei Federal n. 10.973/2004, regulamentada em 11 de outubro de 2005 pelo Decreto Presidencial n. 5.563/1995, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Sua estrutura fundamental permite: **1)** a formação de parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e empresas; **2)** o estímulo à participação de institutos de ciência e tecnologia no processo de inovação; **3)** e o estímulo à inovação na empresa.

Em tese, a **Lei de Inovação** possibilita o estabelecimento de parcerias produtivas entre os setores público e privado os mais diversos.

De fato, do ponto de vista estritamente legal o **instituto da monitoração eletrônica** é previsto apenas para as hipóteses de **saída temporária no regime aberto** e da **prisão domiciliar**, na Lei de Execuções Penais e **ainda como medida cautelar diversa da prisão**, de conformidade com o Código de Processo Penal. Portanto, é uma realidade jurídica tanto para casos de prisão definitiva, como para as medidas cautelares, especialmente para esses casos... Mas ainda é timidamente aplicado e é modesta a tecnologia e incipientes as ações de diagnóstico e acompanhamento de cada caso.

Contudo, ao contrário do que se pode acreditar, a concepção do dispositivo de monitoração é da década de 60, sendo atribuído aos irmãos americanos *Ralph e Robert Schwitzgebel*. Apenas em 1977, o juiz *Jack Love* convenceu um perito em eletrônica a desenvolver um dispositivo similar, o qual foi efetivamente experimentado em cinco delinquentes somente no ano de 1983 (cidade de Albuquerque, Novo México).

A monitoração eletrônica por meio de “tornozeleiras” em Pernambuco e em todo o Brasil passou a ser ocorrência recente, assim como o emprego de outras tecnologias de monitoração semelhantes, como nos casos envolvendo a proteção às mulheres beneficiadas com medidas judiciais cautelares de proteção – “Lei Maria da Penha”.

Entendemos que é possível e desejável o aperfeiçoamento contínuo da monitoração eletrônica, mas sobretudo é indispensável que o seu emprego seja associado a outras medidas voltadas a uma individualização de cada caso, especialmente visando a reinserção social dos beneficiários de tais serviços.

É assim na maioria dos países que se valem de tal forma de controle de apenados: a monitoração é sempre acompanhada de outras medidas voltadas ao alcance de uma efetiva ressocialização, inserindo-se a tecnologia em um personalizado programa contínuo durante a execução da medida, onde inclusive são permitidas, sob controle telemático, específicas saídas previamente estabelecidas ao trabalhar, ao tratamento que se mostrar necessário, à educação, ao voluntarismo, ainda mediante o acompanhamento por equipe especificamente treinada e com a realização de inspeções ordinárias ou sem aviso, **como é o caso da Suécia**. Todos os resultados podem ser recebidos remotamente quanto ao controle de dados de cada caso, tanto aqueles que se referem ao cumprimento da monitoração eletrônica, como os relativos à equipe de campo responsável.

Um sistema assim também pode ser desenvolvido e implementado em qualquer lugar no Brasil e ser dirigido tanto aos apenados quanto aos presos provisórios, estes com ainda maior viabilidade jurídica.

No Estado de Pernambuco merece destaque o chamado “Porto Digital”, uma Organização Social – OS que congrega um Parque Tecnológico, 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, com potencialidades as mais variadas. Trata-se de um polo de produção de tecnologias, onde um núcleo de gestão administra as propostas de desenvolvimento tecnológico que ali são apresentadas. Com o setor público, as ações são firmadas por meio de **contratos de gestão com os entes estatais** (políticas públicas que são delegadas pelo Estado).



Em 05 de setembro de 2014, representantes do Ministério Público de Pernambuco estiveram na sede do Porto Digital, em Recife, transcrevendo-se abaixo um trecho da ata da reunião:

“objetivamente, os promotores questionaram se seria possível a implementação de um sistema de monitoramento eletrônico digital à distância e autônomo e que permitisse controlar até mesmo simultaneamente e nas 24h do dia, em imagens e sons o cumprimento de prisão em regime restrito ao domicílio (concessões para o trabalho e atividades específicas, como submissão a tratamento psiquiátrico ou psicológico, frequência a programas de educação específicos e a tratamento de desintoxicação, conforme a necessária individualização do caso). O representante do Porto Digital respondeu positivamente e sem qualquer reserva, acrescentando que tal controle pode até mesmo ser simultaneamente aplicado a uma população de milhares de presos em todo o Estado, permitindo uma graduação mais ou menos rigorosa em qualquer caso (por exemplo, pedófilos e traficantes podem ser monitorados e terem todas as imagens que os cercam gravadas e simultaneamente remetidas via internet para um banco de dados de fácil acesso a qualquer momento, associado a uma série de simples mecanismos de controle eletrônico de alarmes programados para as mais diversas situações, sem a necessidade de um acompanhamento humano direto)”

Os gestores do Porto Digital estariam aptos a apresentar soluções compatíveis à uma pretensão desafiada para o monitoramento avançado de presos em Pernambuco, sendo certo que há na referida Organização Social empresas que trabalham com sistemas de segurança de monitoramento, cujos *hardwares* e *softwares* podem ser adaptados à proposta que vier a ser apresentada pelo ente estatal.

Assim, vê-se que é possível a contratação pelo Estado de tais serviços com o propósito de aperfeiçoar, diversificar e ampliar o controle por monitoração eletrônica atualmente disponível, mediante a colaboração de um ou mais integrantes que compõem o Porto Digital, com possibilidades reais de proporcionar maior incremento tecnológico que viabilize uma melhor individualização e acompanhamento de cada caso concreto.

O cumprimento da medida restritiva da liberdade em domicílio, mediante o emprego dos já disponíveis meios de controle estatal (inclusive monitoramento eletrônico), ao nosso sentir se afigura como uma possibilidade legítima, permitindo a médio e longo prazo que, **paralelamente**, promova-se a adequação administrativa, material e programática também dos estabelecimentos prisionais, via de regra flagrantemente inapropriados à manutenção de seres humanos na atualidade.

O controle automatizado pode ser amplamente aplicado em todo o Estado, permitindo uma graduação mais ou menos rigorosa de acordo com o caso, bem como que se promova um concreto controle social na fiscalização do cumprimento da medida pela sociedade, o que aumenta a segurança e a credibilidade no sistema.

A aplicação de tais medidas de controle em larga escala ainda torna possível a reforma da própria estrutura física dos estabelecimentos prisionais, a aquisição de equipamentos e a implementação de ações e execução de projetos impossíveis de serem aplicados em estabelecimentos superlotados. É que a superlotação impede o efetivo controle dos presos nos estabelecimentos prisionais e impossibilita a aplicação das medidas mínimas de segurança à integridade física, intelectual, psicológica e psiquiátrica dos segregados e dos diversos servidores que ali atuam.

Naturalmente, propõe-se aqui o desenvolvimento e aplicação de uma tecnologia e métodos específicos, o que significa ir muito além do emprego de tornozeleiras, já utilizadas com significativo sucesso nos casos de **saídas temporárias** e de **prisão domiciliar**. Busca-se, ainda, uma ampliação da aplicação de um monitoramento eletrônico moderno para as hipóteses de prisão temporária e definitiva, como alternativa ao cárcere estatal que viola direitos e garantias fundamentais.

É que cerca da metade das prisões são de caráter provisório e em Pernambuco, ao menos até maio de 2015, mais de 60% (sessenta por cento). Sendo assim, a aplicação de tecnologias mais avançadas e que permitam a agregação de medidas cautelares efetivas e eficientes no caminho do interesse do beneficiário e da sociedade, já promoveriam um esvaziamento bastante significativo do sistema e significaria uma oportunidade real para o incremento de uma série de iniciativas promissoras, tanto para os que cumprissem a medida fora do sistema, como para aqueles que ali permanecessem ou que tivessem que retornar, agora para um local com uma população carcerária adequada e sob controle.

Além do mais, a massificação do uso de tais tecnologias leva a uma diminuição drástica de custos para os cofres públicos, seja pela redução 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 inaugura a priorização do conhecimento científico-tecnológico.

Permite-se, também, a aplicação de uma pauta de ações eficazes, progressivas e permanentes na defesa intransigente de direitos e garantias fundamentais, a partir do foco maior de violação de tais direitos que, por natureza, é o próprio cárcere oficial, 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.

Em tese, como já ressaltado, restam favorecidas também as instalações carcerárias com população adequada e implicações naturalmente positivas ao controle e segurança dos presos e agentes penitenciários envolvidos, possibilitando ao mesmo tempo o retorno à sociedade em melhores condições, sendo estímulo ao bom comportamento na prisão a possibilidade de alcançar o cumprimento monitorado da medida fora do estabelecimento e, ao reverso, também para quem já se encontrar cumprindo a medida restritiva da liberdade monitorado em seu domicílio.

Restrito o preso aos limites de sua casa ou inevitavelmente mantido em estabelecimento prisional, buscar-se-á agora assegurar de modo bem mais acertado do que o atualmente conhecido a condição mínima de dignidade ao ser humano. Possibilitar-se-á experimentar os efeitos práticos das inovações tecnológicas personalizadas, 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.

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, permitindo uma faixa de frequência de 700 MHz, a qual permitirá o acesso a locais distantes como a Amazônia e até driblar barreiras físicas em metrô e outros ambientes fechados, tudo isso graças a uma tecnologia que proporcionará uma conexão de quarta geração com a *web*. Isso vai tornar possível a rapidez no fluxo de dados, sem travamentos<sup>12</sup>.

Mas, sendo da atribuição do Poder Executivo a solução das dificuldades carcerárias e suas consequências, o Ministério Público, tal qual o Poder Judiciário não pode indefinidamente aguardar que isso aconteça, ainda mais quando expostas as relevantes questões ora apresentadas. Não sem um claro posicionamento a respeito e a adoção de medidas à altura da gravidade de um problema que envolve o diuturno e inquestionável abuso a direitos e garantias fundamentais.

## 1.9. DOS ASPECTOS DE ORDEM JURÍDICA

“Por mais graves e reprováveis que sejam as condutas praticadas, isso não é suficiente para justificar a prisão processual. Da mesma maneira, não é legítima a decretação da preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas. 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.”<sup>13</sup> **(STF. HC que substituiu a preventiva de réus da operação “Lava Jato” por outras medidas cautelares)**

O trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal nos fala do óbvio aos que labutam no meio jurídico, embora denotando uma preocupação com o pensar e a crítica entre da sociedade.

Dessa forma, todas as notórias questões que envolvem o sistema penitenciário no país já deveriam ter levado aos operadores do direito a uma postura muito mais ativa, 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 para todos e não apenas aos casos excepcionais, que se podem bem-fazer representar até mesmo perante a Corte maior do país.

Assim, quando da análise sobre os requisitos de ordem legal, acerca da restrição da liberdade de quem quer que seja, tem-se como imperioso também o exame quanto aos aspectos legais afetos ao local e condições de cumprimento da prisão. E sobre isso deve haver ainda maior rigor analítico, pois trata-se do poderoso Estado sobre o minúsculo indivíduo.

<sup>12</sup> Revista Carta Capital, Edição 815, setembro/2014, pags. 36/40

<sup>13</sup> STF. 2ª Turma. HC 127186/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28/04/2015 (Info 783).

Mas, não é isso o que se constata na prática da atuação jurídica em geral e rotineira. Nem os advogados ou defensores ao pedir, nem o Ministério Público ao emitir o seu parecer, tampouco o Judiciário ao decidir. Nenhum destes, via de regra, não tem feito qualquer consideração sobre se o cárcere onde o indivíduo se encontra, ou para onde será levado, adequa-se ou não aos requisitos legais impostos pela mesma legislação que autoriza a prisão.

Vale dizer, dissecam-se os requisitos formais relativos ao indivíduo ao se apontar as razões para a sua prisão, **mas nada é dito sobre os pressupostos de lei que cabe serem exigidos igualmente ao Estado** para manter o cidadão preso.

Curioso é que, comumente, cede-se as **violações formais de direito**, como no excesso de prazo ou no caso do flagrante intempestivo, mas **as violações materiais de garantias fundamentais e da dignidade humana** são rotineiramente ignoradas ou toleradas, como se não fosse isso até mesmo mais grave do que a violação formal.

O cárcere em nosso país, da forma como aos olhos de todos se materializa, desafia este examinar à magistratura, ao Ministério Público, à Defensoria e à Advocacia. A humana manutenção na prisão deve preservar um autêntico e sustentável equilíbrio entre o poder de prender e o direito fundamental a uma prisão regular, como sendo a que ao menos observe os ditames da Constituição Federal, dos tratados internacionais de que o Brasil participa e da Lei de Execução Penal.

Destarte, caberá sempre ao mesmo Estado-Juiz que **decreta ou mantém a prisão de alguém observando a lei**, da mesma forma verificar se, quanto ao cumprimento da medida prisional, estão sendo respeitadas as garantias de ordem constitucional e infraconstitucional em torno do indivíduo a quem se deseja levar ou manter preso.

A partir de tal raciocínio, temos que se exige do Estado, até mesmo com maior rigor, o cumprimento de tais elementares obrigações legais a que também está sujeito, sob pena de na prática se ver “institucionalizar” uma pactuação absurda com essa ilegalidade notoriamente reinante em todo o país.

Constranger ilegalmente a liberdade de alguém, com a violação de garantias constitucionais é deveras grave e inaceitável sob qualquer argumento ou pretensa justificativa, ainda mais se tal violação é 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.

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 lei existe a impor ao mesmo ente estatal que atenda aos também objetivos regramentos legais para que assim proceda, pois o que se permite é apenas – *e tão-somente* – o cárcere de conformidade com o ordenamento jurídico e **não o aprisionamento puro e simples e inconsequente**.

A violação generalizada de direitos e garantias fundamentais pelo Estado é muito mais espantosa do que qualquer que seja a prática delituosa atribuída a um indivíduo ou mesmo ao conjunto das pessoas encarceradas, em relação aos quais as odiosas medidas restritivas da liberdade às vezes são necessárias, **mas nunca a qualquer custo ou à razão de quem quer que seja**.

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 físico e mental, com o agravamento de “desvios” da 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 permanentes, decorrentes do desrespeito a direitos elementares, que a nossa Lei Maior eleva a patamar destacado e prioritário.

E no ambiente carcerário 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. O tráfico de entorpecentes impera, tal qual o comércio ilegal de armas e de todos os tipos de utensílios e coisas as mais diversas, pois nem sobre as questões mais básicas o Estado exerce controle regular. Mata-se; morre-se; estupra-se; escraviza-se; adoce-se, tudo por causa da ilegalidade, que muitos de nós, operadores do direito, estão a cancelar diuturnamente, talvez em posicionamentos e decisões irrefletidos ou incompletos.

Tudo vem acontecendo talvez exatamente em face de injustificável e cômoda omissão estatal generalizada – de promotores, defensores públicos, juizes e do Executivo, situação reinante há décadas, talvez especialmente em face de uma cultura que não é jurídica, mas pautada por aquela indignação da sociedade de que fala o STF na decisão antes destacada.

De se notar que há há promessas contínuas de solução, mas quase sempre limitadas a reparos no concreto e ferro.

Então, o posicionamento que se espera, especialmente por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário naturalmente deve contemplar questões de ordem prática e jurídica, sempre atentos ao limite em que se observe o respeito a direitos e garantias fundamentais, com o cumprimento da legislação em geral, especialmente da Constituição Federal e da Lei de Execuções Penais.

Com a devida *venia*, acreditamos que o argumento de que há um interesse maior da sociedade a justificar o prejuízo a direitos e garantias fundamentais é, no mínimo, apressado ou superficial. Os direitos que aqui se discute não são dos presos. Direitos e garantias fundamentais são bens imateriais da humanidade e, onde quer que estejam sendo violados, sob qualquer que seja a justificativa, aí está a razão para a adoção de medidas que façam cessar a violação imediatamente, antes para o bem da coletividade do que em benefício do indivíduo diretamente afetado.

Ilude-se quem acredita que vivemos em um país onde os direitos humanos são observados pelo Poder Público, pois não será o aparente respeito circunstancial a quem não sofre tal violação que representará a segurança desses mecanismos jurídicos de proteção universal. Excepcionar o respeito a tais garantias, muito mais do que vulnerá-las significa torná-las inexistentes na prática e, portanto, inúteis aos elevados fins a que se destinam. Se o sistema não oferece essa segurança sequer aos que se encontram sob a direta custódia estatal, o que dizer da situação dos demais indivíduos? E quando qualquer de nós ou aqueles que estimamos, hoje ilusoriamente considerados em segurança, de algum modo são inseridos no sistema prisional?

Talvez mais grave seja a situação do preso provisório, em favor de quem deve prevalecer a presunção de inocência, sendo sempre possível ser absolvido ao final do processo, mesmo por não ter de fato praticado qualquer crime, como sói acontecer quando de prisões apressadas por investigações superficiais, ou em pedidos, pareceres e decisões pouco substanciais ou falhas devido ao excessivo volume de trabalho.

Há que se refletir também que, na prática, parte do gerenciamento das questões do sistema prisional tem ficado a cargo das instituições de justiça. Fatidicamente, isto se apresenta na justa medida da omissão dessas fundamentais Instituições, quando cotidianamente permitem os juízes, em decisões muitas vezes embasadas em pareceres ministeriais, a permanência do sistema do modo como se encontra, sem chamar a quem de direito à responsabilidade, pelos diversos meios e formas jurídicas existentes e que cabem ao Judiciário as impor em tais evidentes casos de violação, exatamente para impedir a sua ocorrência.

E, dentro desse contexto, tais Instituições são mesmo meros gerenciadores de problemas, já que não estão aptas a criar diretamente as necessárias condições para o fim do descaso estabelecido e nem devem cancelar a incapacidade da Administração de resolver o problema, embora justas e legais parcerias sempre possam ser estabelecidas num ambiente de discussão profícuo, por exemplo, através de específicos procedimentos pelas promotorias de cidadania, sem que reste comprometido o controle difuso por outros órgãos de execução do Ministério Público, como as próprias promotorias criminais.

Dessa forma, impõe-se que se reconheça como requisito para a decretação da prisão, sua manutenção pelo flagrante e mesmo para aquela decorrente da condenação, o respeito pelo Estado dos critérios legais insculpidos na Constituição Federal e Legislação Ordinária.

## 1.10. DO ATUAR CONCRETO EM PERNAMBUCO

A despeito de não existir ainda a aplicação de uma metodologia específica que permita a aplicação de uma verdadeira e ousada “execução penal eletrônica”, já é possível pensar na aplicação mais abrangente da “prisão cautelar eletrônica” com os meios tecnológicos e humanos disponibilizados pelo Estado a partir da mudança recentemente introduzida no Código de Processo Penal, pela Lei n. 12.403/2011, acerca das medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, a 17ª Promotoria de Justiça Criminal do Recife, em Pernambuco, vem adotando posicionamento firme e uniforme sobre o entendimento aqui esposado, relativamente a possibilidade e mesmo o dever de se buscar viabilizar a monitoração eletrônica em todos os casos em que se apresente necessária a prisão, mas apresentando como alternativa locacional ao cárcere estatal, a própria residência do indivíduo, da seguinte forma e condições:

“Em face ao exposto, em especial respeito a direitos humanos fundamentais, os quais já se sabe estarem em franca violação no local em que se encontram cumprindo a medida os Requerentes, leva-se à consideração de Vossa Excelência as questões aqui aventadas, com o propósito final de que, **em sendo mantida a medida ou no caso de sua substituição por outras cautelares diversas da prisão**, sejam consideradas as seguintes e objetivas

alternativas ao caso, que o Ministério Público **pode sejam determinadas ao Estado**, na ordem e forma abaixo sugeridas:

**a)** dentro de no máximo 30 (trinta) dias, a realização de exame criminológico dos Requerentes, por meio de **equipe multidisciplinar**, com o fim específico de subsidiar a realização e execução de **PLANOS INDIVIDUAIS DE ATENDIMENTO**, inclusive para auxiliar de forma mais adequada aos operadores do direito diretamente envolvidos, identificando-se, entre outros aspectos, questões de ordem psicossocial; habilidades pessoais e vocacionais; carências intelectuais, físicas ou mentais; possibilidades de complementação da formação pessoal e/ou profissional, etc e ao final indicando as alternativas disponíveis junto ao poder público para a implementação das medidas que se mostrem necessárias, apropriadas e possíveis à particularizada condição de cada um dos Requerentes;

**b)** após a conclusão das providências preliminares citadas anteriormente, a **disponibilização pelo Estado de monitoração eletrônica**, seja por meio do que já existe atualmente, seja especialmente através de suporte mais avançado junto ao “Porto Digital” e/ou universidades ou outros centros de desenvolvimento e aplicação de tecnologias similares, com o propósito de **assegurar o controle sobre as atividades que esse Juízo venha a estabelecer** (com base no próximo item);

**c)** que seja estabelecido por esse Juízo, com suporte na tecnologia disponibilizada e com as informações então apresentadas, com inspiração no art. 319, do Código de Processo Penal: **1.** o cumprimento da medida em residência diversa e afastada do local em que se deu o fato, excetuando-se saídas apenas nas situações específicas a serem discriminadas **com base no plano individual** de atendimento da medida (item “a”), de modo que o domicílio seja a regra ao cumprimento da medida e que as exceções devam ser todas expressamente autorizadas pelo Juízo – a vedação de voltar ao local do fato e adjacências; **2.** a vedação ao uso de aparelhos de comunicação de qualquer natureza, incluindo o uso de voz, de dados ou de mensagens de texto ou imagem, especialmente relativamente à vítima e testemunhas do fato, em relação as quais se espera seja vedado qualquer contato; **3.** a implementação de tecnologia em monitoração eletrônica que garanta o mais preciso e fidedigno controle sobre todas as determinações do Juízo, de conformidade com os propósitos aqui dispostos nas letras “a” e “b”; o acompanhamento da aplicação, adesão e apreensão junto aos beneficiários, por equipe multidisciplinar especializada, com a emissão de relatório mensal sobre o atendimento às medidas que vierem a ser estabelecidas e acerca dos dados de monitoração.

Finalmente, em entendendo esse Juízo de modo diverso, no que se refere a forma ora proposta de substituição do local do cárcere, espera o Ministério Público que seja efetivamente viabilizado, por via que se afigure apropriada, o cumprimento da medida prisional em cárcere constitucional, isto é, onde se preserve efetivamente a dignidade dos Requerentes, observando-se os direitos e garantias dispostos na Constituição Federal e Lei de Execução Penal, de modo a verdadeiramente se ver compatibilizar o poder de prender do Estado com os direitos e garantias devidos a toda e qualquer pessoa, salvaguardando-se ainda a segurança da sociedade e especialmente das testemunhas e vítimas no caso concreto.

## 2. DAS CONCLUSÕES

Diante dos argumentos e fatos destacados, são as seguintes as conclusões:

**a)** em que pese a existência de moderna e abrangente legislação sobre o tema, como regra os estabelecimentos prisionais no Brasil se apresentam totalmente inadequados à manutenção de seres humanos. É inegável que em tais logradouros o indivíduo não tem preservados os seus direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser imaculados sob qualquer circunstância, sendo especial dever do Estado assegurar isto a quem quer que seja, especialmente aqueles que coloca sob sua custódia;

**b)** priorizar a construção de novos estabelecimentos prisionais só promove o crescimento dos problemas e custos do sistema, dificultando ainda mais a aplicação e controle da pena/ressocialização que a ciência moderna pode ajudar a promover por mecanismos modernos, eficazes e mais baratos, com o investimento em tecnologias de ponta;

**c)** ao Ministério Público como *custos legis na ação penal*, sempre que constatada a violação de direitos e garantias fundamentais do preso em face a invencíveis condições materiais do cárcere, é **impositivo** que aponte e persiga uma alternativa locacional adequada ao cumprimento de medida restritiva da liberdade, priorizando o emprego de tecnologias de ponta.

**Nova redação:** \* A Plenária acolheu destaque modificativo (art.17 §2º do Regimento Interno) apresentado pelo Promotor de Justiça Ramon Leite de Carvalho(MPRJ), nos seguintes termos: “Ao Ministério Público como custos legis **na ação penal**, sempre que constatada a violação de direitos e garantias fundamentais do preso em face a invencíveis condições materiais do cárcere, é **impositivo** que aponte e persiga uma alternativa locacional ao cárcere estatal adequada ao cumprimento de medida **cautelar** restritiva de liberdade , priorizando o emprego de tecnologias de ponta (*prisão cautelar domiciliar com monitoramento eletrônico*)”.

**d) o ordenamento jurídico nacional**, as **tecnologias modernas** e os **recursos financeiros** já permitem que se promova uma **atualização e ampliação na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão**, mediante o emprego de ferramentas desenvolvidas especialmente para a monitoração eletrônica de presos fora do cárcere tradicional.

Recife (PE), 19 de agosto de 2015.

André Silvani da Silva Carneiro

**23º Promotor Substituto da Capital.**

***TERMO DE CONSTATAÇÃO  
CONFORME REGRAS  
ESTABELECIDAS PELO CONTRAN.  
INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS  
DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO  
CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA  
PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES  
ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE  
DE SUA REFORMULAÇÃO.***

*GERSON MARTINS MAIA*

Termo de constatação conforme regras estabelecidas pelo CONTRAN. Inobservância dos elementos do fato típico do art. 306 do CTB. Dificuldades na lavratura pela ausência de informações esclarecedoras. Necessidade de sua reformulação.

*Termo de Constatação Conforme Regras Estabelecidas pelo CONTRAN. Inobservância dos Elementos do Fato Típico do Art. 306 do CTB. Dificuldades na Lavratura pela Ausência de Informações Esclarecedoras. Necessidade de sua Reformulação.*

Gerson Martins Maia (Promotor de Justiça de Rondônia)

## 1. Introdução

Com a finalidade de proporcionar o reconhecimento da existência do crime previsto no art. 306 do CTB, o CONTRAN estabeleceu, através de resolução, os meios de provas da embriaguez na direção, dentre eles o *Termo de Constatação* quando for o caso de recusa do condutor do veículo em se submeter ao teste alveolar ou exame de sangue.

Acontece que, ao regulamentar o modelo a ser seguido em todo o Brasil, o Conselho utilizou palavras que o art. 306 não prevê como elementos do tipo. É que, se atentarmos para o tipo legal incriminador, um dos elementos é a *capacidade psicomotora alterada*, enquanto o Termo de Constatação adotado pelo CONTRAN cuida da *influência de álcool*. Então, por mais estranho que pareça, mesmo que o condutor de veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada, sendo-lhe desfavoráveis todos os quesitos, o agente de trânsito reconhecerá a atipicidade da conduta, pois a única opção possível no formulário será a *influência de álcool*.

Por outro lado, é certo que o TC - simplificação da referência ao Termo de Constatação – utiliza palavras que indicam sinais óbvios de ingestão de álcool ou substância psicoativa. Contudo, para a identificação de determinados sinais, vai exigir do agente de trânsito algum conhecimento da área da saúde.

Refletindo sobre os reclamos de condutores de veículos automotores, autuados e processados em juízo pela prática do crime previsto no art. 306, além da falta de qualificação específica na identificação da embriaguez, forçoso reconhecer situações claras de arbitrariedades de alguns responsáveis pela elaboração do TC, exatamente pela ausência de elementos esclarecedores acerca de todos os sinais de ingestão de álcool, deixando a apreciação muito ao livre arbítrio da autoridade de trânsito.

Os protestos também estão se referindo ao oferecimento de denúncias fundadas única e exclusivamente nestes documentos (*Termo de Constatação*), na medida em que os agentes de trânsito, normalmente, não se recordam das circunstâncias das abordagens e muito menos dos sinais de álcool que indicavam a *alteração da capacidade psicomotora*.

Tendo em vista a vulnerabilidade da sociedade, diante do perigo da direção associada à ingestão de álcool, não temos dado importância a tais reclamações. Entretanto, sabemos que, na prática, o TC vem sendo a única prova da embriaguez em razão da falta de memória do agente de trânsito, o que é perfeitamente justificável pelo elevado número de condutores autuados em circunstâncias semelhantes, e também em função do tempo transcorrido entre a data de sua ocorrência e a convocação para prestar declarações em juízo.

Embora em alguns Estados os agentes de trânsito disponham de equipamento de filmagem - o que também está regulamentado pelo CONTRAN como meio de prova -, não é o que ocorre em todo o País, seja por falta de recursos financeiros ou por falta de comprometimento político.

Daí a importância do *Termo de Constatação*, elencado pelas normas de trânsito como um dos meios de prova da embriaguez na direção. Entretanto, para emprestar-lhe a validade que deveria merecer, necessário se faz que sua lavratura seja responsável e que os agentes de trânsito estejam devidamente treinados.

Também se faz necessário um modelo adequado à figura típica e que cuide de dados mais esclarecedores no que diz respeito ao significado de cada sinal de ingestão de álcool, porque a consequência, com o modelo atual, é deixá-lo em dessintonia com nosso entendimento jurídico/penal acerca dos elementos do tipo previstos no art. 306 do CTB.

Então, considerando que o atual modelo de Termo de Constatação não atende às peculiaridades das dimensões territoriais de nosso país e nem está de acordo com os elementos do fato típico em foco, trazemos algumas observações que refletem a nossa preocupação com a necessidade de se buscar a reformulação de uma das principais provas da embriaguez, especialmente porque, em alguns casos, poderá ser a única.

## 2. Liberdade Individual do Condutor de Veículo. Anseio Social: Combate à Embriaguez na Direção.

TERMO DE CONSTATAÇÃO CONFORME REGRAS ESTABELECIDAS PELO CONTRAN. INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO.

O tema da embriaguez ao volante vem merecendo especial atenção de diversos setores, em razão do anseio da sociedade na busca de reprimir o número excessivo de conduções de veículos automotores associadas ao uso de álcool e outras substâncias de efeitos análogos.

Na tentativa de coibir tais abusos, o legislador vem inserindo em nosso ordenamento jurídico segundas alterações, buscando o perfeito equilíbrio entre o anseio social e a liberdade individual.

Não se mostrando eficazes na seara administrativa, importantes mudanças legislativas, nos últimos tempos, vêm percorrendo caminhos tão importantes quanto à tipificação penal, que consistem em estabelecer critérios para os meios de comprovação da embriaguez no trânsito. Notadamente, o principal deles é o exame alveolar (bafômetro) e o mais preciso é o exame de sangue.

As constantes mudanças legislativas devem-se à polêmica gerada por conflitos de interesses, de um lado estando o anseio social de proteção do Estado, enquanto do outro existe a preocupação com a liberdade individual do condutor de veículo resguardada pelos princípios constitucionais, especialmente os da integridade física e da dignidade da pessoa. Neste ponto, não haverá obrigatoriedade de se submeter ao teste alveolar (bafômetro) ou exame de sangue.

Todavia, não podemos presumir a embriaguez pelo simples fato de haver recusa, sendo indispensável que se providencie a lavratura do *Termo de Constatação*, porque outra prova muito provavelmente não existirá, mas que, para ser válido, não poderá conter irregularidades ou inconsistências. Então, procuramos refletir sobre quais critérios deveremos adotar para concluir pela existência ou não do crime de embriaguez ao volante.

### 3. Elementos do Tipo. Crime de Perigo Abstrato

Inicialmente, necessário se faz lembrar algumas noções acerca do crime de embriaguez na direção e os meios de prova em direito admitidos.

Os textos alterados eram os seguintes:

*Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: (...) (texto original do CTB).*

*Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (...) (redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).*

O atual art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro traz:

*Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:  
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

*1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:*

*I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou*

*II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.*

*§2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.*

*§3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.*

Embora tenha sido acrescida a elementar *capacidade psicomotora alterada*, não há qualquer alteração no concernente à classificação doutrinária do que anteriormente era entendimento unânime, isto é, de que o crime previsto no art. 306 é de perigo abstrato (também conhecido como crime de perigo presumido). Significa dizer



que estará caracterizado o delito com a simples prova do fato, independentemente do efetivo evento perigoso que a alteração psicomotora possa provocar.

Evidentemente que isso não poderia ser diferente, posto que todo crime de perigo sempre foi e sempre será tipificado para coibir condutas que a experiência e dados estatísticos indicam a fatalidade na maioria das vezes, ou a gravidade de sua lesividade ao meio social.

Noutro giro, precisamos compreender como a prova da embriaguez se enquadra no universo jurídico/processual, pois muitos confundem essa classificação doutrinária (crime de perigo abstrato ou perigo presumido) com a presunção estabelecida pela lei de trânsito quanto à prova da existência da embriaguez. Fato é que, ora se presume a *alteração da capacidade psicomotora*, ora exige-se a sua efetiva comprovação.

#### **4. Prova da Embriaguez. Capacidade Psicomotora Alterada**

O legislador não desincumbiu o aplicador do direito, especialmente o Ministério Público, de fazer prova do fato. Contudo, analisando o caso concreto - que nada mais é do que a embriaguez na direção -, compete-nos buscar dados demonstradores da *alteração da capacidade psicomotora*. Caso contrário estaremos diante de um fato atípico ou, pelo menos, não provado.

Então, a observância aos regramentos estabelecidos nos parágrafos do art. 306, recomendou-nos as seguintes reflexões.

##### **a) Capacidade psicomotora alterada - presunção.**

À primeira vista, poderia parecer que, para configuração do crime, não bastaria que o condutor de veículo estivesse com concentração de álcool no sangue superior ao limite previsto legalmente, mas que também deveria estar com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Como se sabe, a quantidade mínima de álcool no organismo do condutor de veículo só pode ser aferida através de teste alveolar (etilômetro ou bafômetro) ou, com mais precisão, exame de sangue. Ora, submetendo-se o condutor de veículo a estes meios de prova, a conclusão lógica é de que, nestes casos, a lei presume a presença do elemento *capacidade psicomotora alterada* (art. 306, *caput*). Então, utilizados esses meios de prova, não haverá qualquer dificuldade para se reconhecer o delito, posto que a lei *presume* estar provada a alteração da capacidade psicomotora.

Relevante mencionar que isso não se confunde com o crime de perigo presumido e nem transforma o tipo em estudo em crime de perigo concreto. Em verdade, temos regras processuais penais inseridas no mesmo artigo de lei que tipifica a conduta de conduzir embriagado. Segundo as regras procedimentais, constatados os sintomas que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, caracterizado estará o tipo previsto no art. 306, presumindo-se a alteração de tal capacidade no caso do inciso I.

##### **b) Capacidade psicomotora alterada – prova efetiva.**

A polêmica e o enfrentamento jurídico/processual somente residirão na prova da *capacidade psicomotora alterada* nos casos em que houver recusa do condutor em emprestar seu corpo para ser produzida prova da embriaguez. Para tanto, o próprio Código de Trânsito Brasileiro tratou de disciplinar o modo de obtenção desta prova através do inciso II do §1º e no §2º, ambos do art. 306 do CTB.

Diante da impossibilidade de se produzir prova da quantidade de álcool ingerida (como dito, em razão da recusa do condutor de veículo), o inciso II do §1º deixou especificado que a constatação dos sinais de *alteração da capacidade psicomotora* - elementar do tipo do art. 306 - deverá seguir a forma disciplinada pelo CONTRAN. Já o §2º, além de nortear o que deve ser disciplinado pelo órgão de trânsito, tratou de estabelecer quais seriam as provas, sendo elas o teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

Em suma: no caso do inciso I, a lei presume provada a alteração da capacidade psicomotora. Aplicado o disposto no inciso II depreende-se que, por motivos que nos parecem óbvios, incumbe ao Ministério Público provar essa alteração da capacidade psicomotora.

Segundo esses regramentos, o necessário valor probatório será conferido pelo que for disciplinado pelo CONTRAN, sob pena de ver-se esvaziado o diploma em foco, tornando a sociedade ainda mais vulnerável àquelas ações irresponsáveis e perigosas.

TERMO DE CONSTATAÇÃO CONFORME REGRAS ESTABELECIDAS PELO CONTRAN. INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO.

A força probatória dos meios indicados pelo CONTRAN é sentida com mais vigor quando atentamos para o disposto na parte final do §2º do art. 306, CTB, donde se conclui que se presume verdadeira a constatação da embriaguez pelos agentes de trânsito até que se prove o contrário.

Sob o comando do CONTRAN, a verificação da embriaguez é admitida pelo §2º do art. 306 do CTB mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

Como dito alhures, a prova comumente utilizada é o teste de alcoolemia, realizado através de aparelho conhecido como bafômetro. Contudo, considerando o princípio constitucional de que ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo, a prova através de outros meios vem merecendo profundo debate e atenção legislativa.

Dá a possibilidade de aferição por outros elementos que não o bafômetro, estando o seguinte julgado orientando-se pela melhor doutrina e jurisprudência:

***“Apelação crime. Embriaguez ao volante. Absolvição sumária. Art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal. Ausência de teste de alcoolemia. Descabimento. Determinando o prosseguimento do feito. Descabe a absolvição sumária do réu sob o argumento de que o fato narrado na denúncia não constitui crime pela ausência de teste de alcoolemia. Embora a prova da existência do crime previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97, observada a redação da Lei n. 11.715/2008, deva ser feita, preferencialmente, por meio de perícia, tal pode ser suprida, pelo teste etilômetro (bafômetro) ou exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal” (TJRS, 2º C. Crim., Apelação criminal n. 700.316.657-97, rel. Desª. Marlene Landvoigt, j. 29/06/2010, DJ 28/07/2010).***

Acolhendo essa jurisprudência e em estrito cumprimento ao disposto no art. 306, §2º, do CTB, entendemos que, na falta de teste de exame alveolar (bafômetro), a embriaguez na direção de veículo automotor pode ser comprovada mediante exame de sangue, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, merecendo destaque, quanto à última forma, o *Termo de Constatação* regulamentado pelo CONTRAN.

**c) Capacidade psicomotora alterada - Termo de Constatação.**

Trazendo a legislação de trânsito um rol de provas, bem como o acolhimento de “*outros meios de prova em direito admitidos*”, tudo sob a “batuta” do CONTRAN, admitiu-se a aferição através do *Termo de Constatação*, restando ressalvada a sua possibilidade até mesmo como única e exclusiva prova da embriaguez, na medida em que passou a ser disciplinado através da Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, em seu art. 5º, inciso II. Logo, pelo que se extrai da Resolução, a produção de mais de uma prova, como, por exemplo, filmagem, constituirá mero excesso de zelo, pois não existe qualquer obrigatoriedade de conjunto de provas, ao contrário do que alguns insistem em pretender. Vejamos.

*Art. 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:*

*I – “omissis”.*

*II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.*

*§1º. Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente de Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.*

*§2º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.*

Analisando o Anexo II desta Resolução, é possível observar que o modelo de *Termo de Constatação* adotado pelo DETRAN de cada Estado seguiu todos os critérios necessários para a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, para que, assim, por via de consequência, seja possível afirmar configurado o delito previsto no art. 306 do CTB. Contudo, como discorreremos adiante, o modelo apresenta impropriedades.

## 5. Termo de Constatação. Modelo Regulamentado pelo CONTRAN. Dificuldades e Equívocos no Preenchimento

### SINAIS OBSERVADOS NO CONDUTOR

QUANTO À APARÊNCIA	QUANTO À ATITUDE	QUANTO À CAPACIDADE MOTORA E VERBAL	QUANTO À ORIENTAÇÃO	QUANTO À MEMÓRIA
<input type="checkbox"/> Sonolência <input type="checkbox"/> Vômito <input type="checkbox"/> Soluços <input type="checkbox"/> Olhos Vermelhos <input type="checkbox"/> Desordem nas vestes <input type="checkbox"/> Odor de álcool no hálito	<input type="checkbox"/> Agressividade <input type="checkbox"/> Arrogância <input type="checkbox"/> Exaltação <input type="checkbox"/> Ironia <input type="checkbox"/> Falante <input type="checkbox"/> Dispersão	Dificuldade no Equilíbrio: Sim: ( ) Não: ( )  Fala Alterada: Sim: ( ) Não: ( )	Sabe onde está: Sim: ( ) Não: ( )  Sabe data e hora: Sim: ( ) Não: ( )	Lembra seu endereço: Sim: ( ) Não: ( )  Lembra dos atos cometidos: Sim: ( ) Não: ( )

### CONCLUSÃO

De acordo com as características acima descritas, constatei que o Condutor acima identificado, que conduzia o veículo PLACA \_\_\_\_\_, ( ) ESTÁ ( ) NÃO ESTÁ sob a influência de ( ) ÁLCOOL, ( ) SUBSTÂNCIA PSICOATIVA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA e se RECUSOU a submeter-se a TESTES, em APARELHO DE AR ALVEOLAR ( ) ETILÔMETRO ( ) EXAMES OU PERÍCIAS que permitiria certificar o seu ESTADO.

Do modelo adotado pelo CONTRAN a ser preenchido pelo agente de trânsito, destacamos apenas os sinais de embriaguez a serem identificados.

Em tal formulário, a capacidade psicomotora estará alterada quando a autoridade de trânsito constatar, desfavoravelmente ao condutor de veículo, algum dos quesitos a seguir elencados: 1) *Quanto à capacidade motora e verbal: a) dificuldade no equilíbrio; e, b) fala alterada;* 2) *Quanto à orientação: a) sabe onde está; e, b) sabe data e hora; e, 3) Quanto à memória: a) lembra seu endereço; e, b) lembra dos atos cometidos.*

Nesta constatação, durante a abordagem, os agentes observarão no investigado sinais relativos à aparência e atitudes, os quais deverão ser indicadores de ingestão de álcool ou consumo de substância psicoativa.

Os sinais a serem assinalados, quanto à aparência, são: *sonolência, vômito, soluços, olhos vermelhos, desordem nas vestes e odor de álcool no hálito.* Quanto à atitude, são: *agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante e dispersão.*

Ocorre que, na prática, muitos não se apercebem que a presença de um único sinal está sendo confundido com a alteração da capacidade psicomotora, e, por via de consequência, está levando pessoas a responderem por crimes que não cometeram.

Para melhor compreensão, devemos nos socorrer ao anexo II da Resolução nº 432, de 23 de Janeiro de 2013, podendo voltar os olhos ao quadro acima.

Pelas regras estabelecidas, a observação dos sinais de ingestão de álcool deverá preceder o reconhecimento da capacidade psicomotora alterada. Conforme disciplinado pelo CONTRAN, o conjunto destes sinais é que deverá ser identificado e assinalado pelo agente de trânsito, para que, em seguida, assinale a alteração da capacidade psicomotora. Nos termos do §1º do art. 5º da mencionada Resolução nº 432, um único sinal não será suficiente para esta constatação.

E mais, durante os trabalhos, o agente de trânsito deverá observar se estes sinais guardam alguma relação com eventuais dificuldades na coordenação motora e verbal do condutor do veículo, buscando saber se o estado psicomotor está comprometido.

Uma vez observado o conjunto de sinais, passa-se para o campo da capacidade psicomotora, que é onde o agente deverá assinalar desfavoravelmente quesitos relativos à capacidade motora e verbal, orientação e memória.

Significa dizer que a simples presença de sinais quanto à aparência e atitude indica tão somente a ingestão de álcool ou consumo de substância psicoativa, mas que permanecerá no campo da infração administrativa quando dissociado da modificação psicomotora. Nestes casos, estaremos diante da mera infração administrativa, face à ausência do elemento típico *capacidade psicomotora alterada*, pois restará apenas o reconhecimento da influência de álcool prevista no art. 165 do CTB.

Todavia, assinalado desfavoravelmente qualquer dos campos seguintes (capacidade motora e verbal, orientação e memória), comprovado estará o elemento do tipo (*capacidade psicomotora alterada*), devendo o

TERMO DE CONSTATAÇÃO CONFORME REGRAS ESTABELECIDAS PELO CONTRAN. INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO.

condutor de veículo responder pelo crime previsto no art. 306 do CTB.

Na prática, encontramos problemas relacionados ao despreparo de alguns agentes de trânsito. Isso quando não lançam seus dissabores, arbitrariedades e sentimentos de vingança, simplesmente porque o condutor se apresentou de forma altaneira, mas que nem mesmo pode ser considerado desagravo ou grosseria.

A ratificação disso vem trazendo a sensação de não estarmos promovendo a verdadeira justiça, pois punições estão sendo buscadas a todo custo, quando deveríamos reconhecer determinadas irregularidades e inconsistências para arquivar o feito por atipicidade da conduta.

Para prestarmos validade ao Termo de Constatação, cabe-nos analisar aspectos que dependem, algumas vezes, mais de uma interpretação razoável do que da experiência e preparação dos agentes de trânsito, pois precisaremos relacionar os itens desfavoráveis ao condutor do veículo com o seu estado etílico, tendo em vista que algumas das interpretações são oriundas da compreensão distorcida da realidade, fazendo com que denúncias sejam oferecidas sem que, realmente, tenha ocorrido algum crime.

Se atentarmos, por exemplo, para o quesito relativo à memória, já nos deparamos com situações em que o suposto embriagado não sabia o endereço simplesmente porque se mudou recentemente. Em outras, não admitiu o erro quando se envolveu em acidente, mas seguramente foi assinalado pela autoridade de trânsito o item *não se lembra dos atos cometidos*.

Quanto à orientação, é muito comum o condutor não conhecer o local da abordagem, fato que acaba sendo suficiente para ser assinalado que *não sabia onde estava*.

Já a *capacidade motora e verbal*, no que diz respeito ao *equilíbrio*, nenhuma dificuldade se apresentou até o momento, possibilitando-nos reconhecer a existência do crime até porque é um claro indicativo da embriaguez. O problema é quando a fala alterada não está relacionada ao estado etílico, mas sim à arrogância, nervosismo, temperamento e a forma ríspida que alguns se dirigem aos agentes de trânsito. É muito comum a voz alterar-se em razão destas ou outras circunstâncias, levando a ser assinalado que a voz está alterada, quando na verdade *a pessoa* é que está alterada.

Noutro ponto, verificamos que os agentes de trânsito estão considerando como *alteração da capacidade psicomotora* o simples fato do condutor não ter informado a hora da autuação ou porque não sabia dizer qual era o local da abordagem. Ora, não seria necessário dizer que qualquer pessoa, por mais atenta que seja, não saberá informar a hora exata caso não tenha observado o relógio momentos antes, como também, ainda que sua mente possa ser comparada ao GPS, jamais saberá exatamente onde está se nunca passou por aquele local. Estando todos os demais quesitos favoráveis, mesmo assim são lavrados os termos e condutores presos em flagrante. Em outras palavras, está faltando razoabilidade.

Como visto, são constatados alguns equívocos de interpretação ou confusões quando observam-se nos condutores de veículos *sinais de ingestão de álcool*, mas que não implicam, necessariamente, no reconhecimento da *alteração da capacidade psicomotora*. Isto vem ocorrendo com certa frequência porque os agentes de trânsito não estão sabendo distinguir entre uma coisa e outra. Muitos entendem que apenas um simples sinal, que é suficiente para a aplicação da multa administrativa, também servirá para caracterizar o crime e, então, elaboram o TC sem que exista prova efetiva da embriaguez para fins de ser oferecida ação penal.

Percebemos, também, preenchimento tendencioso quando registrados dados acerca do comportamento do condutor de veículo, mas sem que isso possa estar relacionado à ingestão de álcool, mas apenas pelo mero destempero ou ignorância oriundos de sua própria personalidade. Daí alguns itens desfavoráveis serem frutos de preenchimento vingativo, quando deveriam sê-lo pelo estado etílico. Já citamos, como exemplo, o item *fala alterada*, que pode ser assinalado apenas porque o sujeito está *alterado* em razão do temperamento rude e grosseiro, e que isso tenha provocado indignação no agente de trânsito.

Sabe-se que, para a validade do *Termo de Constatação*, como prova do crime previsto no art. 306 do CTB, não poderá ele conter vícios, erros, rasuras ou indícios de arbitrariedades e, mais ainda, deve ser lavrado com bom senso.

No campo do direito administrativo, o órgão fiscalizador de trânsito invalida o auto de infração administrativa quando nele constatada qualquer inconsistência. Com mais razão ainda, o mesmo deverá ocorrer no campo do Direito Penal, quando reconhecermos a atipicidade da conduta ou, no mínimo, admitiremos a ausência de provas, diante de um documento que não se prestaria sequer para ser homologado como infração administrativa.

O *Termo de Constatação*, para ser válido, deverá ser lavrado com absoluta fidedignidade na identificação dos sintomas da embriaguez. Para tanto, os agentes de trânsito também deverão possuir qualificação específica, sendo indispensáveis os treinamentos e cursos de atualização e reciclagem.

Em nossa rotina forense, constatamos o despreparo de alguns agentes que, embora demonstrando comprometimento com suas funções, vêm elaborando documentos de acordo com suas convicções, mas sem que tenham passado por algum treinamento especial.

A conclusão a que chegamos é que, em alguns casos, estamos oferecendo denúncias diante de situações que seriam anuladas em sede de recurso administrativo ou nas quais, quando muito, seriam apenas aplicadas multas. Sabidamente, no âmbito administrativo a tolerância é “zero”, isto é, quando bastará um único sinal de ingestão de álcool para ser aplicada a multa de trânsito (vide art. 165, do CTB). Entretanto, para fins penais, é indispensável constatarmos a presença do principal elemento do tipo do art. 306 do CTB, no caso, a “*alteração da capacidade psicomotora*”.

Não ignoramos que a pessoa com a capacidade psicomotora alterada possa estar confusa no momento da abordagem, mas estes exemplos servem para demonstrar que muitas situações podem levar o agente de trânsito a traduzir equivocadamente algumas circunstâncias postas diante de si.

É preocupante que, em alguns casos, a única prova da embriaguez (TC) não está sendo produzida adequadamente, sendo indispensável sua reformulação para que seus quesitos possam melhor atender-nos na instrução probatória.

## **6. Termo de Constatação e Uso de Palavras em Desacordo com os Elementos do Tipo do Art. 306 do CTB**

Assim que o agente de trânsito termina as observações dos sinais e as assinala no *Termo de Constatação*, deverá concluir se o condutor está com a capacidade psicomotora alterada. Acontece que encontramos algumas impropriedades terminológicas utilizadas no modelo adotado pelo CONTRAN, quais sejam, quando a autoridade de trânsito conclui que o condutor de veículo está *sob a influência de álcool* ou *sob a influência de substância psicoativa*.

O termo *influência* era utilizado pelo modificado art. 306 do CTB, mas foi adotado pelo CONTRAN, numa clara demonstração de que não acompanhou a alteração legislativa. O correto seria fazer constar no TC o elemento do tipo em vigor: “*capacidade psicomotora alterada*”.

Pelo modelo adotado, o agente de trânsito estará concluindo pela direção de veículo sob a mera *influência de álcool ou substância psicoativa*, o que deveria levar apenas ao reconhecimento da infração administrativa nos termos do art. 165, do CTB. Logo, nos moldes atuais, não temos qualquer afirmação acerca da alteração da capacidade psicomotora.

Desnecessário comentar sobre as dificuldades que enfrentaremos para sustentar o *Termo de Constatação* como prova da existência do crime do art. 306, caso o argumento defensivo siga por este caminho.

Certamente, essa impropriedade deveu-se à ausência do operador do direito no projeto da resolução do CONTRAN, donde se faz necessária a contribuição do Ministério Público na proposição de uma revisão do Termo de Constatação, como forma de evitarmos problemas futuros.

## **7. Conclusão**

Entendemos que o Ministério Público – destinatário das provas produzidas durante a fase investigatória - deverá estar empenhado em oferecer subsídios para a colheita de provas da embriaguez, proporcionando a preparação de seus responsáveis com cursos, seminários, encontros, palestras, treinamentos, etc. Dessa forma, estará cumprindo o seu papel de garantir e efetivar os direitos fundamentais, pois aí, sim, estará promovendo a verdadeira justiça. Então, propomos que os cursos sejam organizados pelo Centro de Aperfeiçoamento do Ministério Público de cada Estado e Distrito Federal, segundo a previsão regimental de atribuição em cada Instituição.

Concomitantemente, o modelo do Termo de Constatação precisa ser reformulado, para que apresente aos agentes de trânsito quesitos mais esclarecedores dos sinais de embriaguez e, assim, afaste dificuldades e equívocos de interpretação, mesmo diante de eventual falta de qualificação específica. Por mais evidente que a embriaguez possa se apresentar aos olhos de quem tem o dever de caracterizá-la, importante que, nesta

TERMO DE CONSTATAÇÃO CONFORME REGRAS ESTABELECIDAS PELO CONTRAN. INOBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS DO FATO TÍPICO DO ART.306 DO CTB. DIFICULDADES NA LAVRATURA PELA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESCLARECEDORAS. NECESSIDADE DE SUA REFORMULAÇÃO.

reformulação, sejam especificados todos os sinais a serem observados e que eles, uma vez registrados, guardem vinculação com o estado etílico, sendo oportuna a sugestão de que, para o quesito relativo à fala alterada, o agente de trânsito observe fala pastosa, discurso vago/indistinto ou dificuldade na articulação das palavras. Quanto à dificuldade de equilíbrio, relevante registrar no TC sinais como a lentidão dos reflexos, andar cambaleante, quedas frequentes ou qualquer prejuízo de deambulação ou movimento corporal.

Os quesitos relativos à orientação e memória merecem ampla discussão para se buscar um consenso, tendo-se em vista que o TC em vigor sugere respostas vagas e abstratas.

Também deverá ser reformulado com a utilização de palavras e dados mais adequados às provas dos elementos do tipo do art. 306 do CTB, especialmente com modificação para a “*capacidade psicomotora alterada*”.

Para tanto, propomos a criação de uma comissão para deliberar sobre um projeto de modelo do *Termo de Constatação*, para posterior encaminhamento ao CONTRAN.

# ***A IMPORTÂNCIA DO ART. 26, III, DA LEI MARIA DA PENHA, NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO***

*SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES  
MARIANA SEIFERT BAZZO*

Abordagem sobre a necessária participação do Ministério Público no enfrentamento à violência de gênero não somente enquanto titular da ação penal pública, mas sim no âmbito dos direitos constitucionais, com especial ênfase na previsão do art. 26, III da Lei 11.340/2006 enquanto dever essencial da instituição para boa implementação de políticas públicas na área.

## A IMPORTÂNCIA DO ART. 26, III, DA LEI MARIA DA PENHA NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO\*

*Samia SAAD GALLOTTI BONAVIDES<sup>1</sup> e Mariana SEIFERT BAZZO<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Violência de gênero e cultura. 3. Dados recentes sobre a violência doméstica e familiar no Estado do Paraná. 4. O papel do Ministério Público no enfrentamento à violência doméstica e familiar. 5. A importância do Cadastro Integrado previsto pelo art. 26, III, para a prevenção da violência contra a mulher, ênfase na experiência do Paraná. 6. Considerações finais sobre o tema: estatísticas produzidas pelo Ministério Público como mecanismo de implementação de políticas públicas 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Abordagem sobre a necessária participação do Ministério Público no enfrentamento à violência de gênero não somente enquanto titular da ação penal pública, mas sim no âmbito dos direitos constitucionais, com especial ênfase na previsão do art. 26, III da Lei 11.340/2006 enquanto dever essencial da instituição para boa implementação de políticas públicas na área.

**Unitermos:** Violência de Gênero. Violência Doméstica e Familiar. Estatísticas. Políticas Públicas.

### 1. Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) atribuiu ao Ministério Público não somente a função de titular da ação penal, mas de órgão destinado a fiscalizar os serviços de atendimento à mulher em situação de violência, inclusive por meio de ação cabível no caso de sua ausência ou funcionamento precário. Ainda incumbe à instituição ministerial, tendo em vista a função de guardião de direitos humanos das mulheres, cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 26, III, da Lei Maria da Penha). Trata-se de inovação legislativa que reconhece a credibilidade da instituição para a formação das principais estatísticas quanto ao tema. Tais estatísticas podem servir como embasamento de políticas públicas de prevenção que, paulatinamente, evitem a ocorrência de novas práticas criminosas.

### 2. Violência de gênero e cultura.

É muito recente a luta de mulheres para serem consideradas sujeitos de determinados direitos.

Numa retrospectiva histórica muito rápida, podem ser identificados momentos que são significativos para se compreender, tanto como este período é relativamente pequeno e quanto esta evolução foi sendo lenta e gradual e ainda insuficiente para eliminar por completo o resquício de um patriarcalismo de efeitos danosos, bem como, que as modificações ocorridas não chegaram a ser incorporadas integralmente como novas práticas sociais aptas a melhorar a vivência das atuais gerações de mulheres<sup>3</sup>.

Se a legislação vigente, durante séculos, não permitiu atos de autonomia da mulher, mais que justificada sempre esteve a violência (em regra, praticada por homens) como forma de contraposição a eventuais descumprimentos de tal ordem estabelecida.

---

<sup>1</sup> Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professora Mestre do curso de Bacharelado em Direito, da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Designada para coordenar o Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero do MPPR.

<sup>3</sup> Há informes de mulheres queimadas em praça pública, feridas, presas em violentas repressões policiais como a de 8 de março de 1857, em Nova York (onde é possível constatar a cifra de 129 mulheres queimadas até a morte), quando protestavam por melhores condições de trabalho. Já em 04 de junho de 1913, na Inglaterra, num ato de protesto pelo voto feminino, Emily Wilding Davison é pisoteada por um cavalo, em frente do qual se jogou num hipódromo. No Brasil, o direito ao voto foi alcançado somente em 1932. Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada reconhece a mulher como capaz para os atos da vida civil, entre outros direitos que somente foram se consolidar com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, em consonância com a legislação internacional sobre o tema (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres - promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.316/2002, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - promulgada no Brasil pelo Decreto n. 1.973/1996, entre outras).



A violência de gênero pode ser explicada no plano cultural da sociedade, como uma forma de assentimento do conjunto social, para que homens exerçam sua força de dominação e potência (patriarcalismo) contra mulheres, como um fator insito ao que sempre foi produzido e reproduzido no meio.

Aliás, o fenômeno da violência (de todas as espécies) não é considerado pelos estudiosos como expressão unilateral de alguém que tenha comportamento violento, mas que se origina no seio familiar e se insere no próprio pensamento social, a partir de situações modelo, que servem, inclusive, de incentivo ao desencadeamento de condutas semelhantes.

Assim, inicia-se, apenas nas últimas décadas, discussão normativa sobre o reconhecimento, a coibição e o apenamento da violência de gênero.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela OEA em 1994, define violência contra a mulher como: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

O conceito de violência em razão do gênero foi repassado à redação do art. 5º lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), mas a mudança legislativa não altera o fenômeno cultural que a origina.

Nas palavras de MYNAIO<sup>4</sup>:

Não se pode compreender a violência contra a mulher sem se compreender o patriarcalismo em todas as suas formas de longa duração: A posse do homem sobre a mulher, a aceitação do jugo, a naturalização pela sociedade das desigualdades (e não das diferenças), a isso poderíamos chamar violência estrutural e cultural.

No mesmo sentido SAFFIOTI afirma que “*Se é verdade que a ordem patriarcal de gênero não opera sozinha, é também verdade que ela constitui o caldo de cultura no qual tem lugar a violência de gênero.*”<sup>5</sup>

E, finalmente, o alerta de SANTOS e IZUMINO de que “*É importante que se estude como a construção social tanto da feminilidade quanto da masculinidade está conectada e relacionada com o fenômeno da violência*”<sup>6</sup>

Destarte, trabalhar para contribuir no sentido de que haja incorporação sempre cumulativa das mudanças de comportamento, ou seja, para uma efetiva mudança de cultura, deve ser o foco prioritário das políticas públicas que visem à diminuição da violência contra as mulheres.

Nesse ponto, é importante voltar a ressaltar que não é suficiente apenas garantir o registro de crimes, investigá-los e punir agressores aplicando-lhes a legislação penal. Mais importante é a formação de toda uma rede de atendimento à mulher, que efetivamente seja eficiente. Também é relevante o estabelecimento de ações pedagógicas, tais como a criação de grupos reflexivos para o homem agressor<sup>7</sup> e programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar (incisos IV e V do art. 35 da lei 11.340/2006).

A violência de gênero, comumente manifestada pela violência doméstica e familiar, possui números alarmantes no país e também no Estado do Paraná. Estudos deixam claro que, entre outros fatores, o patriarcalismo histórico de nossa sociedade é a origem de muitos atos violentos. Nesse sentido, reconhecendo-se a violência de gênero como fenômeno eminentemente cultural, deve-se concluir que sua diminuição não ocorre só pela repressão ou punição criminal.

---

<sup>4</sup>MINAYO, Maria Cecilia de Sousa. *Violência de Gênero contra a Mulher: Uma Questão Histórica*. Disponível em: [http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Violencia\\_de\\_Genero\\_contra\\_Mulher\\_Maria\\_Cecilia\\_de\\_Souza\\_Minayo.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Violencia_de_Genero_contra_Mulher_Maria_Cecilia_de_Souza_Minayo.pdf).

<sup>5</sup> SAFFIOTI, Heleieth I.B. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>

<sup>6</sup> MACDOWELL SANTOS, Cecília e PASINATO IZUMINO, Wânia. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*, p. 159. Disponível em <http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article/viewFile/482/446>.

<sup>7</sup> Nesse caso, importante destacar ser sempre menos de 10% o índice de não reincidência dos homens agressores que têm acesso a essa reflexão, mediante comparecimento obrigatório a reuniões vinculadas a projetos patrocinados pelo Poder Público e mesmo em parceria com Instituições de Ensino em todo o Brasil. Nesse sentido, foi realizada pesquisa pelo Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero do MPPR, encontrável em: <http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=101>

Nessa ordem de ideias, destaca-se a função do Ministério Público no âmbito dos direitos humanos, como responsável pelo acompanhamento e fiscalização das políticas públicas que possam alterar este quadro de violência em nosso Estado e também no país.

### 3. Dados recentes sobre a violência doméstica e familiar no Estado do Paraná.

Em 2012 foi realizada, pelo Instituto Sangari, pesquisa sobre os homicídios de mulheres no Brasil, denominada ‘Mapa da Violência: Homicídios de Mulheres’. Foram utilizados dados do Sistema de Informações de Mortalidade – SIM – da Secretaria de Vigilância em Saúde – SVS – do Ministério da Saúde – MS, bem como, com fins de comparação no âmbito internacional, as bases de dados de mortalidade da Organização Mundial da Saúde – OMS.

De acordo com suas conclusões, o Brasil ocupa a sétima posição de maior número de assassinatos de mulheres no mundo, num ranking de 84 países. O Paraná foi ranqueado como 3º estado do país com maior número de homicídio de mulheres. Ainda, 11 cidades paranaenses encontram-se entre as 100 mais violentas<sup>8</sup>.

Tal pesquisa serviu de embasamento para Comissão Parlamentar Mista de Inquérito ‘com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência’.

Contudo, na apresentação do próprio Relatório de tal CPMI menciona-se que:

Do trabalho deste Colegiado emerge, **como constatação primeira, a ausência de dados estatísticos confiáveis** e comparáveis em todos os poderes constituídos e em todas as esferas de governo. Desponta, por conseguinte, a necessidade urgente de criar sistemas de informações sobre a violência contra as mulheres que permitam planejar, monitorar e avaliar as políticas públicas.<sup>9</sup>

Ressalta-se, mais uma vez, que foram escolhidos dados da saúde como de maior credibilidade para que se verificasse a incidência de violência contra as mulheres, sendo desconsiderados dados do próprio sistema de Justiça.

Entre as Recomendações específicas para o Estado do Paraná, em todos os momentos, mostrou-se necessária, por parte do Ministério Público Estadual, a implementação do cadastro exposto no art. 26, III da Lei Maria da Penha, sendo que o Governo do Estado, bem como o Poder Judiciário foram instados a compatibilizar seus dados com o referido sistema<sup>10</sup>.

Em adaptação ao sistema Pro-MP<sup>11</sup>, o Ministério Público desenvolveu a informatização dos “livros de casos da lei Maria da Penha” e, em junho de 2014, estabeleceu o cadastro integrado de casos da lei Maria da Penha, tomando por base o cadastramento de inquéritos policiais, bem como eventuais notícias de crimes que cheguem diretamente a todas as promotorias do Estado.

Em consulta a esse sistema, o Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero (NUPIGE) extraiu relatório na data de 09 de julho do corrente o qual demonstra que, entre a data de início do cadastro (20 de junho de 2014) e o dia 31 de dezembro de 2014, 7422 crimes relacionados à Lei Maria da Penha foram praticados e chegaram ao conhecimento dos órgãos ministeriais de todo o Estado. Desses, em 3862, a mulher encontrava-se em sua própria residência.

---

<sup>8</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. Disponível em [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_mulher.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf)

<sup>9</sup> Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito ‘com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência’, Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>, p. 09 (grifo nosso).

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 548 e ss.

<sup>11</sup> Software em funcionamento desde o ano de 2010, utilizado por todas as promotorias do Estado do Paraná, que permite o gerenciamento de procedimentos e processos relativos à atuação extrajudicial do MP-PR.

4. O papel do Ministério Público no enfrentamento à violência doméstica e familiar.

O campo da violência doméstica e, especialmente em razão da política pública governamental adotada, com a edição de um texto de lei que de forma específica e especial tem o esboço de fazer um enfrentamento diferenciado e estabelecer um novo paradigma, confere ao Ministério Público um papel de destaque, além de lhe incumbir uma atribuição muito relevante.

Conforme salienta Ela WIECKO:

A Lei Maria da Penha identifica o Ministério Público como uma das instituições do Estado brasileiro com a obrigação de atuar no escopo da Lei, tanto na esfera judicial como na extrajudicial. Tem a obrigação de intervir nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher; de requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social, entre outros; de fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, bem como de adotar as medidas cabíveis para sanar as irregularidades constatadas e cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>12</sup>

Essa vasta gama de atribuições vem também destacada por Valéria SCARANCE ao afirmar que: *“Como parte do processo inovador e dotado de efetividade, os artigos 25 e 26 da Lei Maria da Penha criaram um modelo de atuação diferenciada do Ministério Público, que extrapola suas funções de parte criminal. Além de acusador, o Promotor de Justiça surge como órgão protetor e interventor.”*<sup>13</sup>

O contexto do papel institucional, com as previsões constantes em diversos artigos do referido texto de lei, mostra-se um conjunto que enfeixa esta visão que têm os estudiosos do tema e principalmente aqueles que fazem a atuação prática do texto legal: a) art. 8º, I (participação em políticas públicas); b) art. 11, I (comunicação obrigatória pela autoridade policial); c) art. 12, VII (recebimento do inquérito policial); d) art. 16 (participação no ato de renúncia à representação); e) art. 18, III (intimação de medidas protetivas para providências cabíveis); f) art. 19, § 3º (requerimento e revisão de medidas protetivas); g) art. 20 (pugnar por prisão preventiva do agressor); h) art. 22, § 1º (comunicado sobre medidas aplicadas ao agressor); i) art. 25 (intervir quando não for parte, nas causas cíveis e criminais); j) art. 26, I (requisitar força policial de serviços); l) art. 26, II (fiscalizar estabelecimentos e tomar medidas administrativas e judiciais cabíveis); m) art. 26, III (cadastrar casos de violência doméstica e familiar); n) art. 30 (solicitar subsídio de equipe multidisciplinar); o) art. 37 (legitimidade concorrente na defesa de interesses e direitos transindividuais).

Verifica-se, portanto, que muito bem se equilibra na lei o número de deveres ministeriais no âmbito criminal e de garantia de direitos humanos das mulheres. A previsão de participação em políticas públicas, bem como da necessidade de intervenção quando do mau funcionamento dos serviços de atendimento à mulher, se coadunam com a previsão legal exposta pelo art. 26, III da lei, cuja importância será abordada no próximo tópico.

5. A importância do Cadastro Integrado previsto pelo art. 26, III, para a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, ênfase na experiência do Paraná.

Conforme anteriormente ressaltado, o primeiro apontamento no relatório da CPMI da Violência Doméstica e Familiar é a ausência de estatísticas confiáveis sobre as ocorrências de crimes que permitam traçar estratégias de atuação para resolução do problema da violência de gênero<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. *A Lei Maria da Penha e o Ministério Público*. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-lei-maria-da-penha-e-o-ministerio-publico-por-ela-wiecko-v-de-castilho/>

<sup>13</sup> SCARANCE, Valéria. *Tese de Doutorado: Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade*, p. 233. Disponível em [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=13867&PHPSESSID=b46af8ca097cfc9a1f2e20bdef7059f2](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=13867&PHPSESSID=b46af8ca097cfc9a1f2e20bdef7059f2)

<sup>14</sup> Ainda sobre a ausência de estatística: *“É cediço que a falta de estatísticas confiáveis é um problema nacional, que impede a formulação de políticas públicas eficientes. A insuficiência do mapeamento da criminalidade e da violência em geral é uma falha grave e crônica no país. Por isso, a formação de uma base de dados é uma preocupação evidente da LMP, que em seu art. 8º, inc. II, determina aos Poderes Públicos e entidades privadas “a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações*

De forma pioneira, a Lei Maria da Penha instituiu a obrigação legal dos órgãos ministeriais, lhes impondo o papel de principais atores dessa coleta de dados.

Resalta-se que o projeto de lei inicial, submetido à apreciação (PL 4559/2004) na Câmara de Deputados, apenas continha a seguinte previsão:

Art. 43. Os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, previstos nesta Lei, ainda que não tenham sido julgados, constarão de cadastro específico, de conhecimento reservado da autoridade judiciária e do Ministério Público.

§ 1º Caberá às Varas e aos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar a elaboração do cadastro referido no caput.

§ 2º Enquanto não estruturados as Varas e os Juizados Especiais previstos no art. 38, o cadastro de violência doméstica será elaborado nas Varas Criminais e Juizados Especiais Criminais.<sup>15</sup>

Por meio de informações colhidas daqueles que tinham conhecimento do debate posterior a essa primeira redação, é que se tem conhecimento<sup>16</sup> de que, no dia 25 de junho de 2005, em Vitória/ES, na Plenária da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, durante audiência pública sobre o projeto, houve sugestão da inclusão da redação do art. 26, III, diante da argumentação de que o Ministério Público gozava de prestígio e credibilidade na sociedade e se apresentava como o principal elo entre os âmbitos extrajudicial e judicial, tendo contato com as providências tomadas pela autoridade policial e pelo órgão do Poder Judiciário.

Assim, tornou-se definitiva a disposição:

*Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:*

I. (...)

II. (...)

*III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

Portanto, trata-se de inovação legislativa e desafio para todos os Ministérios Públicos do Brasil, os quais devem estar atentos ao escopo do presente cadastro, qual seja, a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 38 da lei 11.340/2006).

Contudo, na era digital, após quase 10 anos de vigência da lei Maria da Penha, a partir da existência de sistemas informatizados em todas as instituições públicas, fica cada vez mais próxima a concretização deste objetivo de integração de dados. Nas palavras de MARIA BERENICE DIAS:

Com as facilidades decorrentes da informatização no âmbito do Poder Judiciário, e a popularização do uso da internet, é indispensável que o banco de dados adquira proporções nacionais. Tao logo feito o registro de um episódio de violência doméstica, em qualquer Estado ou comarca, esta informação deve ser disponibilizada em rede, para que todos os promotores tenham acesso. Com isso, o Ministério Público irá melhor cumprir o dever constitucional de defensor dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

A mesma autora delimita o que, no caso, seria o dever constitucional ministerial trazido pela lei:

---

*relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas”, in LIMA, Fausto Rodrigues. Da atuação do Ministério Público – artigos 25 e 26. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 327-335.*

<sup>15</sup>[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL+4559/2004)

<sup>16</sup> Informação fornecida gentilmente às autoras, pela procuradora de Justiça e coordenadora do Nevid (MPES), Catarina Cecin Gazele, a qual estava presente no referido ato (cuja ata não foi formalizada).

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 171.

*(...) não serve somente para o Ministério Público manter um controle dos antecedentes dos agressores, mas para dispor de dados do perfil da vítima (idade, raça, escolaridade, etc.), do agressor e do tipo de relação familiar, para que possam ser feitas cobranças ao poder público em relação às políticas públicas de atendimento dos casos de violência doméstica*<sup>18</sup>

A existência de controle de dados, não somente por parte dos gestores públicos e sim diretamente junto ao órgão ministerial, permite que o problema se revele, sem intermediários, àquele que, em caso de omissão do Poder Público na resolução do problema, especialmente quanto aos deveres elencados pelos arts. 35, 36 e 39 da Lei Maria da Penha<sup>19</sup>, deve agir propondo medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis.

No Paraná, o cadastro previsto pelo art. 26, III existe desde o mês de junho de 2014, vinculado ao já citado sistema Pro-MP, onde são cadastrados todos os inquéritos policiais de conhecimento e análise dos agentes ministeriais, além daquelas situações criminais, afetas ao tema, cuja investigação foi feita diretamente pelo Ministério Público. Os filtros estabelecidos na programação do sistema informatizado são: a) as cidades e bairros do Estado; b) o tipo de crime praticado; e, c) se ocorreu dentro ou fora da residência da vítima; e, finalmente, d) a relação do agressor com a mulher em situação de violência.

Apesar de ainda serem relativamente limitadas as informações, uma vez que não se tem, por exemplo, um perfil da vítima e do agressor, o mérito do cadastro é de eliminar parte do risco de subnotificação, vez que o preenchimento dos critérios é obrigatório no sistema, sob pena de não restar finalizado o registro do inquérito. Outra característica relevante para o fim último da coleta que é o de auxiliar no desenvolvimento de políticas públicas, é que o relatório estatístico produzido não leva em consideração a data do registro (tal como se verifica em sistemas, por exemplo, das Corregedorias, de forma geral, vez que estes possuem o escopo de fiscalizar a tempestividade do serviço), mas sim a data da ocorrência do crime.

Finalmente, entende-se que os números obtidos pelo Cadastro do MPPR possuem maior precisão que os dados veiculados pelos órgãos de segurança pública, relativos aos mesmos inquéritos ou boletins de ocorrência que os originaram, vez que o tipo penal já foi analisado pelo titular da ação penal, trazendo maior segurança sobre a tipificação do fato e mesmo sobre seu enquadramento na espécie violência doméstica e familiar.

Atualmente, completado um ano de sua implementação, é importante registrar que, a partir de boa divulgação, tanto na imprensa como em ambientes de discussão, a exemplo do Conselho Estadual de Direitos da Mulher e a Câmara Técnica de Gestão Estadual do Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência contra as Mulheres, o cadastro do MPPR já serviu de principal consulta para diversos gestores públicos e mesmo para informações de grupos organizados da sociedade civil.

É bem verdade que os cadastros, incluindo o paranaense, podem ser aprimorados, contudo, há que se ter em mente que a estatística depende do comprometimento e aperfeiçoamento da força de trabalho das equipes técnicas de unidades ministeriais, ao efetuarem o preenchimento dos dados no sistema, sendo evidente que, em caso de morosidade nesta etapa, haverá prejuízo para as diversas outras atribuições de tais servidores. Esse é o principal desafio para todas as unidades ministeriais em todo o Brasil.

O Conselho Nacional do Ministério Público, na Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, por meio do Grupo de Trabalho de Combate à Violência Doméstica e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, desenvolve o projeto “Criação do Cadastro Nacional sobre Violência Doméstica e

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p. 172. (grifo nosso).

<sup>19</sup> Art. 35. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

Familiar” visando à implementação do cadastro nacional de casos, a partir do aproveitamento dos dados que já existem nos sistemas locais dos Estados<sup>20</sup>.

6. Considerações finais sobre o tema: estatísticas produzidas pelo Ministério Público como mecanismo de implementação de políticas públicas.

A questão relacionada a dados estatísticos, para orientar ações dos órgãos que possuem atribuições e também para orientar a realização de políticas públicas e todo o norteamento do serviço público é algo muito relevante e que é estudado por especialistas, como se pode observar da seguinte ponderação:

“(…) Um dos temas que mais chamam a atenção na discussão sobre segurança pública no Brasil é, sem dúvida, a (in)existência de estatísticas criminais que permitam mensurar e subsidiar a tomada de decisões e o planejamento de políticas públicas eficientes e democráticas na área (…). Entre as razões para essa realidade está, por certo, que o conhecimento valorizado nesse campo é aquele que domina as técnicas jurídicas de processamento legal de casos, de processos, não obstante a legislação nacional prever vários mecanismos de monitoramento da atuação das instituições da área.”<sup>21</sup>

Entre essas previsões que ultrapassam o mero registro processual de casos, muitas vezes destinado à mera informação das partes ou, conforme citado anteriormente, à função correicional dos órgãos (fiscalização de prazos e produtividades dos operadores de direito), ganha enorme importância o art. 26, III da Lei Maria da Penha.

Por estar em nítida consonância com o art. 38 da mesma lei, o que se pretende é justamente um cadastro unificado de casos criminais, visando a demonstração de um quadro muito próximo da realidade, no que concerne às informações sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

É com esse pensamento que os órgãos ministeriais devem incrementar seus cadastros, ou seja, levando em consideração as técnicas de estatística para quanto mais se aproximar das ocorrências, de forma a refletir uma realidade em detalhes que permita a implementação de ações, das mais diversas ordens, destinadas à prevenção da violência.

Quais as áreas e os períodos mais afetados? Qual a relação das partes envolvidas? Qual a ordem mais comum de crimes praticados no decorrer do chamado “ciclo de violência”? Com a resposta a essas três questões mais comuns, já há elementos para o desenvolvimento de programas e institucionalização de serviços que atuem também na área preventiva, buscando intervir na diminuição da prática da violência doméstica e familiar.

O atual modelo de cadastro do Ministério Público do Estado do Paraná foi construído para que seja possível responder a tais questionamentos. Assim, como exemplo, em retirada de extrato, verifica-se que a cidade de Curitiba, no último semestre do ano passado (2014), teve como principais bairros afetados pela violência doméstica e familiar a Cidade Industrial, Sítio Cercado, Cajuru, Uberaba e Tatuquara<sup>22</sup>. Em tendo sido registrado todo e qualquer inquérito policial que adentrou as unidades ministeriais, trata-se de estatística confiável que torna possível ao gestor público municipal concentrar seus esforços de prevenção da violência de gênero em tais locais. Ainda, tomando por base os dados de todo o Estado, podem ser considerados os números de ocorrências por Município e, por meio de comparação com sua população (fornecida por outros órgãos de produção de estatística), serem revelados os locais em que deve o Estado do Paraná investir na prevenção da violência doméstica e familiar com mais ênfase.

Não se trata de panorama baseado na data do registro do inquérito policial (ou seu antecedente Boletim de Ocorrência) e sim da própria data em que ocorreram os crimes. Assim, também é possível a

<sup>20</sup> <http://www.compromissoeatitude.org.br/cnmp-promove-oficina-sobre-a-implantacao-de-cadastro-de-violencia-domestica/>

<sup>21</sup> LIMA, Renato Sérgio de. *A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil*. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-3302008000100005#nt01](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3302008000100005#nt01).

<sup>22</sup> Tal pesquisa foi solicitada por órgãos de imprensa, tal como verificável na reportagem “Em seis meses, Paraná registra mais de 7 mil ocorrências”- <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/duas-dez-mortes-denunciadas-pelo-mp-sao-motivadas-por-violencia-de-genero-atexw5rkuh8xupiwwrtptol>

verificação de maiores e menores números de práticas criminosas, sendo avaliável pelo gestor outros fatores de influência externa no período (crise econômica, deficiência temporária de algum serviço de prevenção, entre outros).

Pelo extrato, ainda é possível avaliar relações entre autores da violência e vítimas, se o crime ocorreu fora ou dentro da residência e se havia medida protetiva instaurada anteriormente àquele fato. O gestor, ao acessar os referidos dados, tem elementos para atuar mais precisamente na prevenção, podendo, por exemplo, buscar a diminuição dos homicídios por meio de ações no âmbito da segurança pública que garantam o cumprimento de medidas protetivas, também criando programas que atendam às relações familiares mais evidentes (ex-companheiros e ex-companheiras, mães e filhos, pais e filhas, entre outras relações que apareçam em maior ou menor número). Finalmente, verifica-se a necessidade ou não de aprimoramento dos sistemas de registro de denúncia e programas de auxílios à mulher denunciante, a partir da consulta de dados sobre a ocorrência dos crimes dentro do próprio lar, comumente ainda o lar do próprio agressor.

Nesse sentido, a lei Maria da Penha, como sistema integrado, traz as diretrizes para o desenvolvimento de políticas públicas em proteção à mulher em situação de violência e assim, uma ou outra ação entre aquelas expostas principalmente nos artigos 35 e ss. da lei poderão e deverão ser priorizadas pelos gestores municipais ou estaduais, com base nas estatísticas encontradas. Diz-se “deverão”, pois o próprio Ministério Público, tendo por base os índices referidos, terá uma argumentação mais respaldada quando da cobrança de ações do Poder Público no âmbito extrajudicial e judicial, na área de políticas públicas para mulheres.

## 7. Conclusões.

I – Há necessidade de um trabalho específico do Ministério Público voltado para a mulher, com a finalidade tanto de detectar e buscar soluções para os problemas da sua desigualdade social, a qual veio consagrada pela própria legislação pátria até o início do século XXI, como da consequente violência de gênero advinda desse fenômeno cultural.

II – A Lei 11.340/2006 trouxe ao Ministério Público as mais diversas atribuições tanto na área da persecução criminal, como dos direitos humanos de mulheres.

III – Entre as atribuições descritas, a inovação legislativa prevista no art. 26, III da referida lei permite que a compilação de casos criminais, registrados de forma correta e pertinente, promova a formação de um banco de dados para a realização de estatísticas que sirvam, efetivamente: para a boa e eficaz implementação de políticas públicas visando à prevenção no campo da violência doméstica e familiar contra as mulheres e para a própria fiscalização ministerial quanto às ações desenvolvidas pelo gestor público.

## 8. Referências Bibliográficas

CAMPOS, Carmen Hein de (Org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 327-335.

CASTILHO, Ela Wiecko V. *A Lei Maria da Penha e o Ministério Público*. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-lei-maria-da-penha-e-o-ministerio-publico-por-ela-wiecko-v-de-castilho/>

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 171.

LIMA, Renato Sérgio de. *A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil*. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002008000100005#nt01](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100005#nt01).



MACDOWELL SANTOS, Cecília e PASINATO IZUMINO, Wânia. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*, p. 159. Disponível em <http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article/viewFile/482/446>.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. *Violência de Gênero contra a Mulher: Uma Questão Histórica*. Disponível em: [http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Violencia\\_de\\_Genero\\_contra\\_Mulher\\_Maria\\_Cecilia\\_de\\_Souza\\_Minayo.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Violencia_de_Genero_contra_Mulher_Maria_Cecilia_de_Souza_Minayo.pdf).

SAFFIOTI, Heleith I.B. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>

SCARANCA, Valéria. *Tese de Doutorado: Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade*, p. 233. Disponível em [http://www.sapientia.pucsp.br/de\\_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=13867&PHPSESSID=b46af8ca097cfc9a1f2e20bdef7059f2](http://www.sapientia.pucsp.br/de_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=13867&PHPSESSID=b46af8ca097cfc9a1f2e20bdef7059f2)

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. Disponível em [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_mulher.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf)

#### LEGISLAÇÃO

Brasil. - Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

Brasil. Decreto n. 4.316, de 30 de Julho de 2002. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Brasil. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Brasil. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.



***PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO  
CRIMINAL E A LEGITIMIDADE DA  
POLÍCIA JUDICIÁRIA QUANTO ÀS  
MEDIDAS CAUTELARES PENAIS***

*EMILIANO ANTUNES MOTTA WALTRICK*

A polícia judiciária não possui capacidade postulatória para promover medidas judiciais, ainda que cautelares ou instrutórias. As representações da polícia judiciária, de qualquer espécie, devem ser dirigidas prévia e diretamente ao Ministério Público, que em as acolhendo, poderá promovê-las em juízo.

**PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A  
LEGITIMIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUANTO ÀS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS**

**EMILIANO ANTUNES MOTTA WALTRICK**

**Promotor de Justiça- Ministério Público do Estado do Paraná**

**Tese a ser apresentada durante o XXI Congresso Nacional do Ministério Público “Os Desafios e  
Oportunidades do Ministério Público na Era Digital”**

**Área: Criminal**

**JUSTIFICATIVA**

Dentre as mais variadas atribuições do Ministério Público, uma das mais antigas e tradicionais, profundamente identificada com a atuação do Promotor de Justiça, é a sua atuação como titular da ação penal pública objetivando a responsabilização daquele sobre quem recai a acusação da prática de um crime.

Neste prisma, tendo a Constituição Federal de 1988 elencado uma série de direitos e garantias fundamentais, portanto, adotando um modelo penal e processual penal garantista, mister que a atuação ministerial tenha tal configuração.

Assim sendo, ao Ministério Público não incumbe unicamente a função unilateral de persecução, cumprindo, também, o papel de garantidor da estrita observância dos direitos e garantias plasmados na Magna Carta.

Porém, tal atuação não se circunscreve na esfera processual/judicial, sendo inquestionável seu dever de acompanhar a atuação dos demais agentes responsáveis pela primeira fase da persecução criminal, em especial a polícia.

Neste escólio:

Na concepção do Ministério Público moderno, tem o Promotor de Justiça que atuar com a preocupação de, ao mesmo tempo, na investigação e na persecução penal, com a finalidade de restaurar a ordem pública abalada pela prática da infração penal, como também velar pela garantia dos direitos individuais do investigado ou acusado. (MENDRONI, 2013, p. 337)

Passando ao largo do poder investigatório do Ministério Público na seara criminal, cujo exame transborda ao objeto do presente trabalho, a adoção de um modelo processual penal de índole acusatória impõe o Ministério Público como único destinatário do inquérito policial, zelando pela efetividade da investigação e decidindo pela propositura da ação penal, pelo arquivamento ou pela requisição de diligências complementares.

E sendo o modelo acusatório um processo penal de partes, incumbindo a cada qual a produção de provas de suas alegações, é inafastável que, sendo o titular privativo da ação penal pública, o Ministério Público tenha ingerência no andamento da investigação, já que lhe recai o ônus da imputação e o ônus probatório.

PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E AA  
LEGITIMIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUANTO ÀS MEDIDAS CAUTELARES  
PENAS

Já que a titularidade da ação penal lhe é incumbência constitucional e sendo seu o ônus da prova da acusação, natural e lógico que a investigação seja de interesse direto do Ministério Público.

Ressalta-se que a investigação não busca a colheita e produção de elementos que provem a prática/autoria de um delito, mas sim subsidiar o órgão constitucionalmente incumbido da persecução penal de dados mínimos que revelem a possibilidade de que um fato criminoso tenha ocorrido, identificando seu provável autor, de forma a impedir acusações infundadas e temerárias, ainda mais, considerando o inegável caráter estigmatizador de um processo penal.

Neste sentido:

Vê-se, pois, que a instrução preliminar tem como objetivo *permitir o exercício da ação penal de forma responsável*, seja pelo particular, seja pelo Estado. Por esse fundamento, pode-se afirmar, sem sombra de incertezas, *que toda e qualquer investigação criminal é destinada a fornecer subsídios ao ente legitimado à acusação*, para que esse legitimado, conforme o caso, promova a ação cabível ou o arquivamento do procedimento apuratório respectivo. (CALABRICH, 2010, p. 91, destaque do original)

Em resumo, a investigação, conforme leciona o mesmo autor, se refere a uma hipótese a ser apreciada pelo órgão da acusação, que serve à formação de sua *opinio delicti* e apta a formar um juízo de probabilidade e não de certeza quanto a um fato (CALABRICH, 2010, p. 90).

Neste prisma, resta extrema de dúvidas que o destinatário final da investigação é o Ministério Público, já que será dele a decisão sobre a deflagração ou não da ação penal.

E, se a investigação serve ao interesse público que a Constituição Federal lhe impõe, é de rigor seu acompanhamento próximo, estabelecendo linhas de pensamento, elucidação e estratégia de forma conjunta com os demais órgãos incumbidos da instrução preliminar.

Cabe ressaltar, que tal conclusão não é nenhuma novidade, sendo que ainda no início do século passado eram estas as considerações de LYRA (2001, p. 121 e 128):

A eficiência e a respeitabilidade do trabalho policial, que constitui a base da ação da Justiça, interessa ao Ministério Público, como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da ação penal, como responsável pela segurança, pela regularidade, pela justiça da repressão. [...] Assim como os criminosos vão, por assim dizer, socializando os meios de produção do crime, concentrando-se em organizações, às vezes perfeitas, torna-se mister que o aparelho repressor ofereça a correspondente eficiência para provar e punir os crimes, descobrindo e segregando os delinquentes. Sem independência, estabilidade, cabedal, liberdade de ação e recursos técnicos, como administrativos, não seria possível atingir seus fins. Interessa, pois, fundamentalmente, à defesa social garantir ao Ministério Público o alto controle da organização repressiva, não só policial, como judiciária e administrativa. Por outro lado, deve pertencer aos seus representantes a liderança na coordenação das atividades que, visando o mesmo fim, atuam, dispersas ou passivamente, em consequência da rotina burocrática e da inconsciência técnica.

No mesmo escólio:

O trabalho conjunto, coordenado e subordinado (tecnicamente e juridicamente) nada mais é do que o corolário da formação do Estado de Direito, afinal a polícia criminal só atua em prol da persecução penal, que, via de regra, só pode ser jurisdicionalizada (e ela deve obrigatoriamente ser, ou pela ação penal ou pelo

arquivamento, não havendo situações que não se encaixem nestes modelos) pelo Ministério Público. (GOMES, 2009, p. 31)

Nesta mesma toada, para MENDRONI (2013, p.239), Polícia e Ministério Público têm as suas atribuições bem definidas, mas quem deve coordenar, dirigir, comandar, por ser o *dominus litis* e o *opinio delicti*, é o Ministério Público.

Não diverge MARQUES (2011, p.108):

Ao órgão ministerial, enquanto destinatário final da maioria esmagadora dos procedimentos criminais no âmbito da polícia judiciária, incumbe a tarefa de coordenar e acompanhar o trabalho de investigação que se prestará a fundamentar sua peça acusatória ou sua posterior decisão de arquivamento do procedimento inquisitivo, o que está a merecer uma reestruturação legislativa que possa melhor explicitar referidos padrões de atuação.

O Ministério Público, dado sua qualidade de destinatário final da investigação, não pode ser alijado da fase pré-processual, tornando-se apenas dependente dos elementos informativos colhidos pela polícia, que dita sozinha os rumos da investigação criminal, ao passo que a participação e acompanhamento de tal atividade se insere no contexto da plenitude do exercício da titularidade privativa da ação penal pública.

Com base na compreensão de que a investigação de crimes, uma das atividades-fim da polícia, deve atender às expectativas do Ministério Público, é que em muitos ordenamentos jurídicos (notadamente na Europa Continental, mas também em vários países da América do Sul e Central) os atos investigatórios são realizados pela polícia sob sua condução e orientação, sendo suas instruções irrecusáveis, de modo a evitar prejuízos na persecução penal advindos de uma investigação mal conduzida.

Assim leciona KAC (2011, p.180):

Nos países com legislação investigativa mais avançada, a investigação penal preliminar é conduzida pelo Ministério Público. É inaceitável que nos dias de hoje no Brasil a investigação fique a cargo exclusivo da Autoridade Policial, seja ela estadual ou federal, sem que haja qualquer ingerência do destinatário final do lastro probatório mínimo na fase pré-processual a permitir a correta formação da *opinio delicti* e conseqüentemente a deflagração da *persecutio criminis in iudicio*. É anseio mais do que merecido de parcela significativa da sociedade que o Ministério Público tome as rédeas da investigação penal (mediante seleção de casos) para que os procedimentos possam, de alguma maneira, ser notabilizados por sensível melhora e que a ação penal a ser posteriormente proposta não esteja quase sempre fadada ao insucesso. É curial que o destinatário do lastro probatório inicial deva ter ingerência nas diligências que lhe serão posteriormente entregues para a formação de sua *opinio*. Com efeito, como único *dominus litis* da ação penal pública, tem o *parquet* a necessidade premente de se fazer mais presente na investigação penal.

E tal atuação proativa (que implica numa rotina de cooperação entre as instituições envolvidas) não busca sobrepujar os demais atores responsáveis pela instrução preliminar, mas sim contribuir para sua eficiência em relação ao respeito aos direitos e garantias constitucionais dos investigados e também assegurar o justo sancionamento dos responsáveis pela prática de ilícitos penais, pois como observa MENDRONI (2013, p.244):

Finalmente, também não há como deixar de considerar o raciocínio inverso – vale dizer, da não atuação do Ministério Público durante a fase investigatória, do qual decorre que muito provavelmente o raciocínio e direcionamento levado a cabo pela Autoridade Policial pode ser muito diverso do Promotor de Justiça atuante no caso,

destinatário do procedimento, causando, por conseguinte, sequencia ilógica de providências, quando não desnecessárias e, ao mesmo tempo, carente de providências necessárias, revestindo-se, ao final, em verdadeira perda de tempo aliada à ineficiência da Justiça Penal em apurar a prática de um delito.

Nesta perspectiva, sendo o Ministério Público o destinatário final das investigações criminais, que em sua grande maioria são conduzidas pela autoridade policial no bojo de um inquérito, e por estar umbilicalmente ligado à titularidade privativa para propositura da ação penal pública, o constituinte de 1988 atribuiu expressamente dentre suas funções institucionais o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, da Constituição Federal), ainda que já estivesse implícito na própria conformação constitucional trazida pelo artigo 127, *caput* e art. 129, inciso II, ambos da Carta Magna<sup>1</sup>.

Indubitável que o titular privativo da ação penal se sobrepõe ao “titular” do inquérito policial, com poder-dever de influenciar a condução da investigação policial, numa perspectiva de maior efetividade à persecução penal, pois, do contrário, na prática ocorreria a inversão do *dominus litis*, com a polícia determinando o objeto da ação penal a quem possui seu monopólio.

Tal controle (e não mero acompanhamento) não só encontra fundamento no interesse ministerial de uma regular e eficiente investigação criminal, mas também no seu papel de guardião da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

A leitura que se deve fazer do controle externo não é no sentido de exercício de poder disciplinar ou hierárquico, mas sim naquele exercido em relação à atividade-fim da polícia<sup>2</sup>, como um instrumento de trabalho cooperativo visando a regularidade e aprimoramento das instituições, o que em última análise materializa o interesse da própria sociedade em ver respeitado ao mesmo tempo as liberdades individuais e seu legítimo anseio de fruição da vida em segurança<sup>3</sup>.

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua

<sup>1</sup> Exatamente por isto, que as ações preventivas e repressivas inerentes ao controle externo da atividade policial poderão ser realizadas mesmo que por retaliação política seja revogado o inciso VII, do artigo 129, da Carta da República, sendo cediço que o incômodo de determinada classe quanto aos atos de controle não pode dar ensejo à subtração de atribuições constitucionalmente definidas, que no radical representa parcial extinção da instituição ao lhe retirar funções essenciais e esbarra na própria limitação material do poder de reforma constitucional, violando cláusula pétreia, além de ofensa ao princípio da proibição de retrocesso jusfundamental.

<sup>2</sup> Mas não exclusivamente, já que também deve ser exercido sobre a atividade-meio vinculada à eficiência do trabalho policial, já que aspectos ligados à estrutura administrativa, números de integrantes, equipamentos e viaturas adequadas, entre outros, impactam diretamente na qualidade e efetividade da atuação policial, que corresponde a um interesse social a ser tutelado pelo Ministério Público.

<sup>3</sup> Observando-se que o controle externo exercido sobre a atividade policial abrange todos os órgãos de segurança que integram a Administração Pública, configurando-se instrumento apto para evitar o uso indevido, desviado ou abusivo da força física através de braços armados do Estado.

natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao reger as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (ne procedat iudex ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja “de Direito” não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiqüíssimos nomes de “promotor de justiça” para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da “procuradoria de justiça”, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 (“II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no “controle externo da atividade policial”. Noutros termos: ambas as funções ditas “institucionais” são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado várias das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 6. Na concreta situação dos autos, o paciente, na condição de policial civil, foi denunciado pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), extorsão (caput e § 1º do art. 158 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998). Incide a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o procedimento especial do art. 514 do CPP se restringe às situações em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos. O que não é o caso dos autos. Precedentes: HCs 95.969, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 73.099, da relatoria do ministro Moreira Alves. Mais: a atuação dos acusados se marcou pela grave ameaça, circunstância que também afasta a necessidade de notificação para a resposta preliminar, dada a inafiançabilidade do delito. 7. Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art. 316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão condenatória não é de ser tachada de “sentença genérica”. 9. Ordem denegada. (HC 97969, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-096 DIVULG 20-05-2011 PUBLIC 23-05-2011 EMENT VOL-02527-01 PP-00046)

Conjugando as ideias de que a investigação preliminar deve ser uma atividade dirigida ao titular da ação penal e que o controle externo da atividade policial deveria regulamentar expressamente uma dependência

funcional, ou seja, a polícia como órgão auxiliar, LOPES JÚNIOR (2014, p. 403, destaque do original) inclusive defende como modelo ideal o Ministério Público como titular da investigação nos seguintes moldes:

A investigação preliminar está – basicamente – dirigida a decidir sobre o processo ou o não processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar. Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade-fim -, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar a seu mando. [...] Entretanto, é imprescindível que a polícia judiciária esteja a serviço do MP, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica). O *controle externo da atividade policial* está timidamente disciplinado pelo LC n. 75/93 e não corresponde ao esperado e muito menos ao necessário. Continua faltando um dispositivo que diga de forma clara que o *Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial*, às quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária. As *instruções gerais* correspondem às grandes linhas da investigação preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme os critérios de política criminal traçados pela instituição. [...] No segundo caso, o Ministério Público reservar-se-ia o poder de intervir diretamente em um caso concreto, isto é, dando *instruções específicas* sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias.

A partir destes dois eixos principais: titular da ação penal/destinatário final da investigação e exercício do controle externo da atividade policial extrai-se que incumbe apenas ao Ministério Público a legitimidade para a propositura de medidas cautelares penais no bojo de uma investigação preliminar.

Com efeito, as medidas cautelares, ainda que processualmente autônomas, possuem sua necessidade/utilidade vinculada à ação principal, cujo Ministério Público é seu titular privativo, sendo evidente que somente por ele devem ser promovidas. A disposição constitucional do art. 129, inciso I abrange não só a ação penal pública, mas também as ações penais cautelares e medidas criminais instrutórias.

As medidas cautelares e a própria investigação são instrumentais em relação ao futuro processo penal, do qual a decisão pela sua deflagração ou não é unicamente do Ministério Público.

Por outro lado, além da incongruência de uma medida cautelar penal promovida sem a concordância do titular da ação principal ou de forma diversa de sua estratégia de atuação, é de se ressaltar não ser função da polícia judiciária a atuação em juízo, não possuindo capacidade postulatória nem legitimidade para promover qualquer pedido judicial, mesmo que cautelar.

Ainda que tenha papel relevante na investigação criminal, a polícia judiciária não integra a relação processual, que se desenvolve entre o Ministério Público, acusado e Estado-juiz.

A respeito, OLIVEIRA (2013, p. 653):

Os dispositivos legais anteriores a 1988, que permitem solicitações policiais ao Poder Judiciário (denominadas “representações”) não foram recepcionados pela Constituição vigente. Já as normas posteriores à CF/88, que aparentemente autorizam tal iniciativa, são flagrantemente inconstitucionais, por ofensa ao princípio acusatório e ao processo penal de partes, de feição contraditória (art. 5º, LV, da CF), nos planos formal e substancial.

A propositura direta de medidas cautelares penais pela polícia judiciária macula a liberdade de atuação do próprio órgão a qual a investigação se dirige, lhe tolhe a deliberação do momento ideal para seu

oferecimento e até mesmo quanto à sua necessidade, podendo acarretar em desnecessárias restrições de direitos fundamentais que ao final sequer teriam utilidade, já que na ótica do Ministério Público seriam dispensáveis à formação da *opinio delicti*.

Na prática forense, tal forma de atuação acarreta em problemas que repercutem de forma relevante na atuação do Ministério Público, sendo insuficiente que lhe seja oportunizada a oitiva prévia pelo juízo.

Imaginemos a hipótese de medida cautelar promovida pela autoridade policial e deferida após manifestação contrária do membro ministerial. Em caso de qualquer medida processual em favor do investigado será o Ministério Público quem deverá responder (e não a polícia judiciária) ainda que dela já discordasse, ocasionando, no mínimo, em desperdício de tempo de trabalho numa demanda a qual não aderiu e que *ab initio* seria inviável ante o vício de iniciativa.

Pior ainda são aquelas representações policiais que a despeito do prévio crivo do Ministério Público, são encaminhadas sem nem mesmo a sua ciência e que ao serem deferidas acabam por via transversa vinculando ou sobrecarregando sua atuação.

Por exemplo, em determinada investigação a autoridade policial decide por si e representa pela expedição de mandados de busca e apreensão<sup>4</sup> e prisão preventiva de investigados, medidas que são deferidas pelo Poder Judiciário, mesmo com parecer contrário ou sem a ciência do Ministério Público.

Ora, das buscas seguem-se diversos pedidos de restituição, que deverão ser respondidos pelo Ministério Público, que deverá analisar cada pedido e se manifestar inclusive quanto ao interesse ao processo (que ele irá ou não propor) daqueles bens apreendidos pela vontade exclusiva daquele que nada tem a ver com a relação processual. E mais, a própria prisão dos investigados interfere no prazo de análise, deliberação e oferecimento da denúncia, restando ao agente ministerial requerer a liberdade ou concluir a investigação às pressas pela exiguidade do prazo.

Conforme a conformação constitucional é inaceitável que o titular privativo da ação penal pública, destinatário final de toda e qualquer investigação criminal, ou como dizem os alemães “senhor da investigação” (Herrin des Ermittlungsverfahrens) desenvolva seu trabalho pautado naquilo que é definido pela polícia, atuando como mero repassador dos elementos informativos por ela colhidos, o que acarreta em variadas distorções como as colocadas por SALGADO (2013, p. 174):

A pauta de prioridades na investigação, por outro lado, é, em regra, estabelecida exclusivamente pela polícia, passando, em consequência, a vincular o Ministério Público às prioridades definidas pelo poder executivo. Ou seja, o controle estratégico na produção de elementos necessários à persecução criminal em juízo será, na prática, implementado por um órgão comprometido com o término da investigação e não, como o é a parte, preocupado com o final útil do processo penal.

Ante esta realidade a 7ª Câmara de Coordenação e Revisão (Controle Externo da Atividade Policial e Sistema Prisional) do Ministério Público Federal emitiu a Orientação nº 4/2014 nos seguintes termos:

Orienta os membros do Ministério Público Federal a, respeitada a independência funcional, pugnam pelo não conhecimento de pedido de medida cautelar formulado por autoridade policial diretamente ao Juízo, sem prejuízo de pleitearem a medida, em petição própria, quando a entenderem pertinente.

---

<sup>4</sup> Aqui vale lembrar que o art. 242 do Código de Processo Penal determina que a medida será determinada “*de ofício ou a requerimento de qualquer das partes*” ou seja, literalmente, afasta a possibilidade de representação da autoridade policial, já que sem sombra de dúvidas a polícia não é parte.



PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E AA  
LEGITIMIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUANTO ÀS MEDIDAS CAUTELARES  
PENAS

Em suma, a melhor interpretação é aquela no sentido de que as representações da polícia judiciária sejam dirigidas diretamente ao Ministério Público, que, após, a análise da possibilidade, necessidade, razoabilidade e oportunidade, conforme seu juízo favorável as requeira ao Poder Judiciário.

Observa-se, que tal proposta não implica no desprestígio da polícia judiciária ou descrédito de seu relevante papel, correspondendo apenas à harmonização de sua atuação segundo os ditames constitucionais, numa perspectiva de relação de complementariedade e parceria, não havendo mais espaço para rivalidades mútuas, sendo premente a superação de vaidades, preconceitos e corporativismos, tudo em prol do aperfeiçoamento da persecução penal e, em última medida, em benefício da sociedade.

Esta forma de agir incrementa a aproximação pessoal com os atores envolvidos na persecução criminal, possibilitando a construção de uma estratégia conjunta de investigação, com uma pauta de atuação cujas ações e objetivos sejam comuns, propiciando a obtenção de resultados satisfatórios na obtenção dos elementos informativos, indispensáveis para um sistema de persecução criminal efetivo, notadamente quando diz respeito à moderna e organizada criminalidade.

Em suma, só vem a promover a aproximação, integração e interação entre as diversas instituições envolvidas na investigação criminal preliminar, para que possa se desenvolver de forma a atender ao interesse público na apuração, coibição e repressão das condutas que configurem ilícitos penais com o resguardo das garantias constitucionais individuais, evitando desnecessárias restrições de direitos fundamentais e reduzindo-se a judicialização de demandas cautelares criminais inoportunas ou dispensáveis.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. Em consequência do ordenamento constitucional e do princípio acusatório que dele decorre compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, dado sua posição de seu destinatário final e titular privativo da ação penal pública;
2. O controle externo da atividade policial implica no controle funcional da polícia judiciária no curso do inquérito policial e ao Ministério Público deve subordinar-se, do ponto de vista processual, a atividade investigativa da polícia;
3. A polícia judiciária não possui capacidade postulatória nem legitimidade para promover medida judicial alguma, ainda que cautelar ou instrutória e os dispositivos legais que estabelecem iniciativa processual à polícia judiciária devem ser tido por inconstitucionais ou não recepcionados;
4. As representações da polícia judiciária, de qualquer espécie, devem ser dirigidas prévia e diretamente ao Ministério Público, que em as acolhendo, segundo seu juízo de conveniência, oportunidade, necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, poderá promovê-las em juízo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.969**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 01 fev. 2011, Segunda Turma. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000174401&base=baseAcordaos>>.

Acesso em 08 mai. 2014.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil. In: CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.) **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 87-109.

GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. In: VILLELA, Patrícia. (org.) **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 23-46.

KAC, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Atividade de inteligência no combate à corrupção**: o papel do Ministério Público. Maceió: Edufal, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 7ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. **Orientação nº 4, de 10 de dezembro de 2014**. Disponível em [http://7ccr.pgr.mpf.mp.br/orientacoes/orientacoes/Orientaon4\\_Assinada.pdf](http://7ccr.pgr.mpf.mp.br/orientacoes/orientacoes/Orientaon4_Assinada.pdf). Acesso em 06 ago. 2015.

Oliveira, Marcelo Ribeiro de. Provedimentos cautelares patrimoniais em lavagem de ativos. In: DE CARLI (org). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 645-680.

SALGADO, Daniel de Resende. O controle externo, a seletividade e a (in)eficiência da investigação criminal. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (org.) **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 165-191.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.) **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 151-170.

# ***UMA CERTA DESCONFIANÇA SOBRE A FIANÇA: ASPECTOS PRÁTICOS À DISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO***

*SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS*

No Processo Penal, o Ministério Público, respeitados os direitos fundamentais do indiciado/acusado, deve fiscalizar, proativamente, as hipóteses de arbitramento, redução e dispensa de fiança, a fim de evitar a prática de ilegalidades por Autoridades Policiais e Judiciárias.

## UMA CERTA DESCONFIANÇA SOBRE A FIANÇA: ASPECTOS PRÁTICOS À DISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Autor: Saulo Murilo de Oliveira Mattos<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A atuação do Ministério Público no processo penal é plena, desde o primeiro ato investigatório ao último ato executório de uma possível sentença penal condenatória. Nada lhe deverá escapar no exercício conciliatório da pretensão acusatória com a necessidade de se respeitar os direitos fundamentais daquele que figurará no polo passivo da demanda penal. Ou, ao menos, deveria ser assim. Daí tantas resoluções no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais e no próprio Conselho Nacional do Ministério Público. A incansável busca pela legitimação constitucional concreta do atuar ministerial.

Ante a proliferação de ideias monoculares, que propositadamente pretendem instalar um processo penal marcadamente defensivo, voltado exclusivamente aos direitos e garantias do réu, discute-se muito sobre a necessidade de desenvolvimento de uma doutrina nascida do ventre ministerial. Nem lá, nem cá, embora desse contraponto entre discursos de acusação e discursos de defesa possa surgir algo equilibrado.

Um processo penal soberanamente defensivo seria autoritário. Um processo penal soberanamente de acusação também o seria. Estaríamos apenas mudando os personagens da história, mas continuaria o absolutismo processual penal. Ainda que básica essa percepção, há de ser enunciada, pois vários são os exemplos de discursos juridicamente produzidos para atender a um só lado, apesar de envernizados de retórica constitucional. Aqui está o ponto. Encontrar na prática a lógica de ideias que, no processo penal, se conforme com a Constituição Federal.

A Constituição é um documento pesado, jurídica e axiologicamente. Os ombros dos profissionais do direito não têm suportado o “*mundo constitucional*”, para usarmos aqui a inspiração poética de Carlos Drumond de Andrade. É perto da superfície humana forense que se sente a tensão, propensa à invalidez jurídica daquele documento, entre norma constitucional e realidade. Difícil crer na normatividade constitucional com tantas misérias e desgraças humanas lançadas nos interiores brasileiros, com tanta corrupção historicamente evidente.<sup>2</sup>

Assim, “*chega um tempo em que não se diz mais: meu Deus. Tempo de absoluta depuração. Porque o amor resultou inútil. E os olhos não choram. E as mãos tecem apenas o rude trabalho. E o coração está seco*” (Os ombros suportam o mundo - Carlos Drumond de Andrade).

Nessa linha de reflexão, considerando que a Lei n. 12.403/11 tenta revigorar o instituto da fiança, este pequeno artigo visa analisar, de forma exemplificativa, a atuação do Ministério Público em relação a esse instituto processual.

O Ministério Público, com a reforma processual penal, deverá ter uma postura mais propositiva, seja na fase de investigação preliminar, quando muitos delegados de polícia criam novos regimentos para aplicação da fiança, seja na fase judicial, quando muitos juizes, irrestritamente, dispensam a fiança a partir de uma leitura superficial sobre a condição econômica de quem requer essa dispensa.

A análise dessas situações práticas, feita em perspectiva, não deixará de ter em vista a instrumentalidade constitucional do processo penal.

### DISPENSO OU REDUZO A FIANÇA PORQUE QUERO: A AUTORIDADE POLICIAL

Segundo Aury Lopes Jr, a fiança é “*uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado,*

<sup>1</sup> Promotor de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

<sup>2</sup> O incontestável professor J. J. Gomes Canotilho (2013, p. 19), em reflexão transcendental, diz que “o direito constitucional é um *intertexto aberto*. Deve muito a experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras; no seu “espírito” transporta ideias de filósofos, pensadores e políticos; os seus “mitos” pressupõem as profundidades dos arquétipos enraizados dos povos ; a sua “gravitação” é, agora, não um movimento de rotação em torno de si mesmo, mas um gesto de translação perante outras galáxias do saber humano . No entanto, o direito constitucional não se dissolve na “história”, na “comparística”, nos “arquétipos”; é um direito vigente e vivo e como tal deve ser ensinado.” Noutro formato de reflexão, Carlos Ayres Britto (2006, p. 87): “Qual a consequência teórica de um Estado que se *autodeslimita* a qualquer instante? O reconhecimento de que a Constituição desse Estado não é filha unigênita do Poder Constituinte coisa nenhuma, pois só cabe falar de *unigenitariedade* jurídica se se está diante de um modelo prescritivo que, nascido e reformável por um processo peculiar, único mesmo, **tenha por principal função metodológica a de manter essa peculiaridade**. Contra tudo e contra todos, mormente o Estado.”

*garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado.*<sup>3</sup>

Esse ponto de vista doutrinário revela o teor dos arts. 319, VII, e 326 a 328 do Código de Processo Penal. De fato, a fiança, se bem utilizada, será importantíssimo instrumento de acautelamento do processo penal, com menor dano possível à liberdade do indiciado ou acusado.

Já que a fiança poderá ser prestada durante toda a persecução penal, interessa, para melhor visualização da problemática suscitada, dividir os momentos de análise dessa medida cautelar.

À fase policial, portanto. O CPP, no artigo 322, diz que “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”

Lendo esse artigo já se percebe a dimensão restritiva quanto à possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial. Utilizou-se o advérbio somente. Porém, não se sabe por quais razões éticas - talvez um anseio exacerbado de justiça - muitas autoridades policiais têm fixado fiança para crimes punidos com penas privativas de liberdade máxima superior a 04 anos, a exemplo do estelionato (art. 171 do CP) e receptação qualificada (art. 180, §1º, do CP), ou estabelecido fiança para crimes de menor potencial ofensivo.

Quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, o art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, coloca que “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.” Por que, nesses casos, firmado o compromisso pelo autor do fato de comparecer ao Juizado, a autoridade policial ainda insiste em exigir fiança? São os mistérios inquisitórios de algumas investigações policiais.<sup>4</sup>

Mas, na prática, o que mais tem se destacado é a fixação de fiança abaixo do mínimo legal, que é um salário mínimo (art. 325, inciso I, do CPP), ou simplesmente sua dispensa, sem qualquer justificativa formal pela autoridade policial. São vários os procedimentos que chegam dessa forma ao Ministério Público, sacramentados, documentalmente, com guias de depósito bancário de 600, 400 ou 300 reais expedidos a favor do beneficiário da fiança e a desfavor do regramento legal.

Como, para concessão da fiança, não há necessidade de oitiva prévia do Ministério Público (art. 333 do CPP), o procedimento ministerial tem sido apenas uma aposição de ciente no ato administrativo que contém a fiança estabelecida pela autoridade policial. Na realidade, deveria haver uma atuação fiscalizatória mais ativa do promotor de justiça nos casos acima retratados. O art. 333 adverte: depois de prestada a fiança, o Ministério Público terá vista do processo *para requerer o que entender pertinente*.

Na prática, nada tem sido requerido, simplesmente porque se convencionou que, uma vez fixada a fiança, basta o Ministério Público dizer seu sim com seu carimbo de ciente. Porém, a questão é mais ácida. Há todo um procedimento fiscalizatório que pode ser feito, assim como o requerimento de outras medidas cautelares que podem tutelar mais eficazmente o processo penal que envolve o caso.

Se o capítulo VI do Código de Processo Penal for interpretado sistematicamente (art. 325, §1º, inciso I, combinado com o art. 350 do CPP), perceber-se-á que a autoridade policial não tem legitimidade para dispensar a fiança. Somente o juiz poderá fazê-lo. Logo, toda e qualquer dispensa de fiança realizada pela autoridade policial, justificada ou não pela condição econômica do indiciado, será manifestamente ilegal, e sujeita a medidas fiscalizatórias pelo Ministério Público.

No entanto, o Código de Processo Penal, no seu art. 325, §1º, inciso II, permite que a autoridade policial reduza o valor da fiança até o máximo de 2/3 (dois terços). Não é ato privativo do juiz. Só que essa redução deve ser necessariamente justificada a partir da natureza da infração, a condição econômica do indivíduo e a necessidade de acautelamento do processo penal.

O delegado deverá deliberar, por escrito, sobre a redução da fiança, o mesmo valendo para a possibilidade de aumentá-la (art. 325, §1º, inciso II, do CPP).

Se no processo penal a forma procedimental é garantia para lisura da persecução, devem-se evitar decisões administrativas e judiciais infundadas, como no caso de dispensa e redução do valor da fiança sem referência expressa nos autos, apenas porque a autoridade acha que tal solução é a melhor para o caso: “*decido assim, porque quero*”.

A fim de combater e evitar essas ilegalidades, o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, da Constituição Federal), deverá expedir recomendações para evitar a

<sup>3</sup> Para Marcellus Polastris Lima (2014, p. 792), “compreende-se que a natureza seja identificada como medida cautelar, mas não em vista do princípio da presunção de inocência, pois como visto, este se refere à prisão pena, sendo que a própria Constituição excepciona a prisão provisória. Quem assim entende é porque verifica que o instituto da fiança tem, na verdade, natureza cautelar, só que atinente à liberdade do imputado.”

<sup>4</sup>Inclusive, Salo de Carvalho (2013, 169) pondera que: “A tradicional oposição - sistema acusatório (democrático) e sistema inquisitório (autoritário) – pode produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução de violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas processuais nitidamente autoritárias com a Constituição. O resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo.”

repetição desses atos pela autoridade policial. Também deverá instaurar procedimentos investigatórios criminais para verificar se estão ocorrendo, nas delegacias de polícia, negociações monetárias espúrias (arts. 316, 317 e 333 do Código Penal – Crimes Contra a Administração em Geral), muitas vezes envolvendo escrivão e agentes policiais.

Essa situação também poderá ensejar uma atuação ministerial no campo da improbidade administrativa, via instauração de inquéritos civis e propositura de ações.

No âmbito procedimental penal, o Ministério Público, na fase do art. 333 do CPP, poderá requerer, quando verificada a redução e dispensa irregulares da fiança pela autoridade policial, o reforço da fiança com base no art. 340, inciso I, do CPP, destacando-se o que diz o parágrafo único desse artigo: “*a fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão quando não for reforçada*”.

Numa interpretação constitucional desse dispositivo, a prisão cautelar, na hipótese de não haver reforço da fiança, só deverá ser requerida e decretada se estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva (art. 311 e ss. do CPP). Não será, portanto, um efeito automático do não reforço da fiança pelo indiciado ou réu.

Ainda, como o Ministério Público não está vinculado à classificação delitiva feita pelo delegado, o promotor de justiça, de posse dos autos em que fixada a fiança, sempre deverá cotejá-la com a classificação delitiva decorrente de sua leitura dos autos, e verificar se a fiança que foi prestada, embora dentro das hipóteses legais, é suficiente para tutelar o processo penal (art. 340, inciso III, do Código Penal).

### **DA DISPENSA DA FIANÇA: DO ART. 32 AO ART 350 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DA PRÁTICA JUDICIÁRIA INFUNDADA**

Da leitura constitucional dos arts. 326 e 336 do CPP, extrai-se que, para se achar o ponto de equilíbrio do valor da fiança, devem ser consideradas, de um lado, a situação econômica do réu, a natureza da infração, e, do outro, o pagamento das custas, da indenização do dano, da multa, se o réu for condenado, bem como a necessidade de regular andamento do processo.

Apesar desses ingredientes referenciais para um juízo de proporcionalidade, o art. 350 do CPP expressa que o juiz poderá conceder liberdade provisória ao réu com dispensa do pagamento da fiança se assim recomendar sua situação econômica, devendo o réu, todavia, comparecer perante a autoridade judicial todas as vezes que for intimado para atos da instrução criminal e para o julgamento.

Nesse caso, o imputado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Mas qual seria o critério para aferir essa situação econômica de pobreza do réu para fins de dispensa da fiança ou até mesmo a redução de seu valor? Parte da doutrina tem abraçado o art. 32 do CPP como critério determinante da capacidade econômica para pagamento da fiança, combinando-o com o disposto no art. 4º da Lei n. 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária Gratuita).

O art. 32, §1º, do CPP registra que “*considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.*” O art. 4º da Lei n. 1060/50 assenta que “*a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.*”

Sob essa ótica, bastaria a parte interessada alegar, em seu requerimento de dispensa de fiança, que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, e teria direito às benesses do art. 350 do CPP. Seria a denominada miserabilidade jurídica.

Pensamos que a aplicação irrestrita do art. 4º da Lei n. 1.060/50 ao processo penal, além de desrespeitar as especificidades desse tipo de processo, esvazia o instituto da fiança, uma vez que a simples alegação de miserabilidade jurídica autorizaria a aplicação automática da dispensa judicial da fiança em qualquer caso. Ou seja, a simples afirmação de pobreza geraria uma presunção praticamente absoluta de pobreza. A palavra dita constituiria a situação social de pobreza no processo penal.

A realidade nua e crua é de que os tentáculos do processo penal envolvem a grande camada pobre da sociedade. Sabemos disso. Mas essa é uma perspectiva macro sobre o processo penal.

Para os propósitos da fiança, a pobreza tem que ser aferida caso a caso, diante do valor estabelecido judicialmente, da necessidade de acautelamento do processo penal e da real condição econômica do interessado, a ser analisada através de comprovantes de residência, rendas anteriores e atuais, se tem a seu dispor advogado constituído, dativo ou defensoria pública, e um estudo social realizado pela assistência social do Município em que reside o interessado, além de outras possibilidades.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que configura constrangimento ilegal o condicionamento da liberdade provisória ao pagamento de fiança arbitrada no valor de R\$ 3.152,00 (três mil, cento e cinquenta e dois reais), **muito embora seja o paciente hipossuficiente e assistido pela Defensoria Pública.** Ordem

UMA CERTA DESCONFIANÇA SOBRE A FIANÇA: ASPECTOS PRÁTICOS À  
DISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O ônus de provar a impossibilidade de pagamento do valor arbitrado na fiança é do interessado. Ônus este que já chega relativizado no processo penal, justamente pela ampla pobreza que marca a estrutura social brasileira, conforme referido anteriormente.

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sinalizam para a aferição de uma miserabilidade concreta do réu nos casos de dispensa de fiança, senão veja-se:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FIANÇA. INCAPACIDADE DE PAGAMENTO. CONCRETA DEMONSTRAÇÃO PELO TEMPO DE PRISÃO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. ***O tempo decorrido de prisão, de mais de um ano e cinco meses, concretamente demonstra a incapacidade financeira para o pagamento da fiança e, não podendo a pobreza constituir-se obstáculo à liberdade, é substituída essa cautelar por medidas diversas de prevenção.*** 3. Habeas corpus não conhecido e, de ofício, concedida parcialmente a ordem para substituir a fiança pelas seguintes medidas cautelares: (a) apresentação a cada 2 (dois) meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade; (b) ocupação lícita, de forma a garantir que a renda pessoal não provenha de crimes; (c) proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, evitando-se riscos à aplicação da lei penal.(HC 279.654/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro; Sexta Turma, julgado em 05/02/2015)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE O VALOR DA FIANÇA E A CAPACIDADE ECONÔMICA DO PACIENTE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 326 E 350 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SITUAÇÃO APTA A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...). O art. 319 do Código de Processo Penal traz um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, o que impõe ao magistrado, como qualquer outra decisão acauteladora, ***a demonstração das circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente que justifique a medida a ser aplicada. Na espécie, manteve-se a medida cautelar da fiança sem levar em consideração fator essencial exigido pela legislação processual penal: capacidade econômica do agente.*** Ademais, são relevantes os fundamentos da impetração acerca da incapacidade econômica do paciente. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar que concedeu a liberdade provisória ao paciente com a dispensa do pagamento de fiança, ressalvada a hipótese do juízo competente impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 114731, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 01/04/2014)

Perceba-se que o Superior Tribunal de Justiça destacou o tempo em que o réu ficou na prisão, devido ao não pagamento da fiança, para atestar a necessidade de dispensá-la judicialmente. Com certeza, este não é o melhor critério, porque extremamente prejudicial à liberdade do indivíduo. É um critério desproporcional se considerado que nem mesmo o quebramento da fiança levará o indivíduo, automaticamente, ao cárcere. O julgado foi citado apenas para sinalizar que a jurisprudência se inclina para uma apreciação concreta da miserabilidade daquele que pretende ser dispensado do pagamento da fiança.<sup>6</sup>

---

concedida para, confirmando a liminar deferida, garantir a liberdade ao paciente, independentemente do pagamento de fiança, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 320.158/SP, Rel. Min. Felix Fischer; Quinta Turma; julgado em 11/06/2015, DJe 03/08/2015)

<sup>6</sup> “O tempo e o processo são fenômenos em constante confronto. O tempo conspira contra o processo, porque depende dele a possibilidade de imposição de pena, depende dele a prática dos atos processuais dentro dos



Todavia, é preciso dizer que a prática judiciária tem revelado o oposto. Intensificam-se as decisões judiciais automáticas, sem qualquer fundamentação concreta, de dispensa de fiança, apenas se referindo à alegação de pobreza por parte do requerente. Esta cultura decisionista, de produção em larga escala de qualquer tipo de decisão judicial, principalmente para fins de relatórios do CNJ, tem desnaturado o instituto da fiança e a própria essência da Lei n. 12.403/2011.

Nessas hipóteses, caberá ao Ministério Público interpor o respectivo recurso em sentido estrito com base no art. 581, inciso V, do CPP.

## **DA FIANÇA FIXADA E DOS REQUERIMENTOS COMPLEMENTARES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

Outro ponto que nos alerta para uma proatividade ministerial é a possibilidade de a fiança ser cumulada com outras medidas cautelares (art. 319, §4º, do CPP). Assim, sempre que o Ministério Público tiver acesso aos autos em que foi fixada a fiança, realmente deverá levar a sério o que diz a parte final do art. 333 do Código de Processo Penal: “(...) *requerer o que julgar conveniente.*”

Em síntese, deve haver um *contentamento descontente* do Ministério Público em relação à fiança, de maneira que, superada a análise quanto à legalidade substancial da fiança estabelecida, o promotor de justiça se questionará sobre a possibilidade de cumulação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a fim de viabilizar a prestação de uma tutela cautelar efetivamente adequada ao caso processual penal.

Note-se que o art. 19 da Lei n. 11.340/2006, por exemplo, também permite que o Ministério Público requiera medidas protetivas em favor da ofendida. Assim, ao analisar a fiança concedida ao agente agressor e percebendo que não foram requeridas medidas protetivas pela autoridade policial, caberá ao promotor de justiça requerê-las a título de complementação da tutela cautelar prestada via fiança. Ou até mesmo requerer a substituição da fiança por outras medidas cautelares, mais indicadas para determinado caso, o que valerá tanto para as hipóteses da Lei Maria da Penha como para outras situações.

Por outro lado, o Ministério Público deve estar atento, a todo o momento, sobre as questões processuais que envolvem a persecução penal em juízo, verificando, por exemplo, se o réu incorreu em quebração, cassação ou perda da fiança, requerendo judicialmente a aplicação das consequências processuais previstas em lei para estas situações.

Assim, julgar-se á quebrada a fiança quando o acusado, regularmente intimado para o ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo ou praticar nova infração penal, por exemplo (art. 341, incisos I e V, do CPP). Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta (art. 344 do CPP). Por sua vez, será cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito (art. 339 do CPP).

Aí está um breve panorama de incidentes relativos à fiança e que deverão ser observados pelo Ministério Público no curso da ação penal. Por vezes, nas alegações finais, poderá analisar se houve alguma dessas situações ou, até mesmo antes das alegações, requerer diligências nesse sentido se tiver obtido, na instrução criminal, alguma informação sobre o quebração da fiança ou necessidade se sua cassação (art. 402 do CPP).

## **CONCLUSÃO – SÍNTESE DOGMÁTICA**

No processo penal, respeitados os direitos e garantias fundamentais do investigado ou acusado, o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, considerando os desvirtuamentos legais que se repetem no foro, deve fiscalizar atentamente as hipóteses de arbitramento, dispensa e redução de fiança, bem como a ocorrência dos incidentes relativos a esse instituto, de maneira a valorizar uma cautelaridade suficiente ao processo penal que se apresenta nos casos concretos, podendo requerer, ainda, outras medidas cautelares cumuláveis com a fiança ou aptas a substituí-la.

---

prazos legalmente estabelecidos. Tudo no processo depende do tempo. (...) O Juiz deve ter extremo cuidado ao decretar prisão cautelar em face da possibilidade de impor ao acusado, se condenado, penas restritivas de direitos. É motivo de descrédito da própria justiça manter um acusado preso provisoriamente e, ao condená-lo, substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.” (THUMS, 2006, p. 33)



UMA CERTA DESCONFIANÇA SOBRE A FIANÇA: ASPECTOS PRÁTICOS À  
DISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

REFERÊNCIAS

- BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 2006.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHEKER, Monique; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; SALGADO, Daniel de Resende. *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Bahia: Juspodivm, 2013.
- FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.
- JR, Lopes Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Ministério Público e Persecução Penal Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Nova Prisão Cautelar*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

***PROVAS LÍCITAS NÃO REPETÍVEIS,  
AUTORIZADAS POR DECISÕES  
COM DEFICIÊNCIA DE  
FUNDAMENTAÇÃO: NULIDADE E  
INADMISSIBILIDADE DA PROVA, NAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.***

*ELIEZER GOMES SILVA  
GILBERTO GIACOIA*

A tormentosa questão do sistema de nulidades no processo penal e suas variantes inspiram esta ligeira reflexão tópica, fazendo-se, aqui, o recorte das consequências da declaração de nulidade, como tem sido reconhecida pelos Tribunais, por deficiência de fundamentação das decisões judiciais que autorizam a prova penal, a exemplo do conteúdo de interceptações telefônicas, sem diferenciá-la do regime de inadmissibilidade da prova ilícita propriamente dita, com críticas às hipóteses em que se revela materialmente impossível a repetição do ato inquinado de nulo, e que poderiam ser consideradas, conforme o caso, como passíveis de convalidação.

*Eliezer Gomes da Silva*  
*Procurador de Justiça - MPPR*

*Gilberto Giacoia*  
*Procurador-Geral de Justiça - MPPR*

**Sumário:** A tormentosa questão do sistema de nulidades no processo penal e suas variantes inspiram esta ligeira reflexão tópica, fazendo-se, aqui, o recorte das consequências da declaração de nulidade, como tem sido reconhecida pelos Tribunais, por deficiência de fundamentação das decisões judiciais que autorizam a prova penal, a exemplo do conteúdo de interceptações telefônicas, sem diferenciá-la do regime de inadmissibilidade da prova ilícita propriamente dita, com críticas às hipóteses em que se revela materialmente impossível a repetição do ato inquinado de nulo, e que poderiam, conforme o caso, ser passíveis de convalidação.

**Palavras-Chaves:** Provas ilícitas. Provas ilegítimas. Provas irrepetíveis. Fundamentação. Nulidade. Inadmissibilidade de provas ilícitas.

## **Introdução**

O presente artigo discute tema processual que reclama necessária integração normativa entre preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Trata dos efeitos do reconhecimento da nulidade de uma decisão cautelar, por deficiência de fundamentação, sobre provas insuscetíveis de repetição. É o que ocorre, por exemplo, nas provas oriundas de interceptação telefônica judicialmente autorizada, produzidas sob o manto da impugnada decisão.

Tendo em vista a escassez doutrinária sobre o tema, ao que se vêm somando decisões recentes de Tribunais que tendem a declarar ilícitas as provas obtidas em tais circunstâncias, ainda que (afora a deficiência formal de fundamentação) houvesse justa causa para que fosse autorizada sua produção, o texto articula-se em dois eixos argumentativos.

Inicialmente, chama a atenção para a necessidade de ser reavivada a antiga distinção, na doutrina processual brasileira, entre “provas ilícitas” e “provas ilegítimas”, de forma a evitar a confusão entre o regime de nulidades (a que estão sujeitas as decisões insuficientemente fundamentadas) e o regime de inadmissibilidade das provas materialmente ilícitas.

A partir dessa premissa, sustenta a tese de que, sendo a nulidade (e não a inadmissibilidade) uma consequência prevista, na Constituição e na legislação processual, do reconhecimento da deficiência de fundamentação das decisões judiciais, e se revelando materialmente impossível a repetição do ato inquinado de nulo (e os atos e provas dele derivados) – como ocorre com o conteúdo de gravações obtidas por interceptação telefônicas – não caberia à instância judicial revisora automaticamente considerar ilícita a prova produzida, pelo simples reconhecimento da nulidade da decisão que a autorizou.

Sustenta-se ao longo do artigo que, em tal hipótese, caberia ao Tribunal, na mesma ocasião em que reconhecer a nulidade formal da decisão, verificar se efetivamente existia justa causa para o deferimento da

---

<sup>1</sup> Versão ampliada do presente texto foi submetida ao XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a ser realizado entre 11 e 14 de novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

medida, independentemente do vício em sua motivação. Seja para decretar a imprestabilidade da prova, por entender derivada de uma decisão judicial que, ainda que bem fundamentada, não poderia ter sido lançada. Seja para eventualmente suprir a deficiência formal de fundamentação da decisão e declarar a validade da prova amealhada.

**Desenvolvimento. Necessária distinção entre a inadmissibilidade da prova ilícita e a eventual nulidade da decisão cautelar que autoriza a produção da prova não repetível.**

Marcadas pelo contexto da urgência, as decisões sobre pedidos de interceptação telefônica, ao contrário das decisões sobre o mérito da causa, não se permitem a uma exaustivamente analítica fundamentação quanto à pertinência do pedido. Sensível a esta circunstância, a própria Lei nº 9296/96, em seu artigo 4º, § 1º, assevera que “excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação”, fixando, no § 2º, que “o juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido”. Também tendo em mente o contexto de urgência em que normalmente ocorrem os pedidos de interceptação telefônica, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados,<sup>2</sup> tem reiteradamente admitido como suficiente até mesmo a denominada “fundamentação *per relationem*”, com o aproveitamento da remissão sucinta a fundamentos trazidos pelos próprios requerentes.

Ocorre que, superada a possibilidade de diferenciado exame da fundamentação, no contexto específico e urgente da referida cautelar, eventual reconhecimento de insuficiência de fundamentação da decisão que autoriza interceptação telefônica há de trazer como consequência processual a aplicação do regime de *nulidades dos atos processuais*, não do regime da *inadmissibilidade das provas*. São dois sistemas distintos de invalidação processual, e essa distinção (quanto a sua *natureza* e seus efeitos) nem sempre tem sido, ao que parece, bem compreendida por alguns Tribunais, que acabam promovendo uma aplicação e interpretação insubsistentes do artigo 5º da Lei nº 9296/96, em sua combinação com o artigo 157 do CPP, sem qualquer lastro nos dispositivos constitucionais vinculados ao tema (quer o artigo 5º, inciso LVI, quer o artigo 93, IX da CF) e desprezando a disciplina das nulidades estabelecida nos artigos 563 e 573 do CPP.

De início, convém citar a irretocável consideração de Marinoni e Arenhart (2011, p. 267) acerca do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, nem sempre lembrada por juízes e doutrinadores que se debruçam sobre o tema da prova ilícita:

O art. 5º, LVI, da CF, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. *Esse inciso se refere às provas obtidas mediante a violação de direito material, pois é óbvio que as provas não devem violar os direitos processuais.*

Tais provas, *em regra, violam direitos fundamentais materiais*, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência et. (art. 5º, X, XI e XII, CF).

*A prova que resulta da violação do direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo.* Nesses casos, como já dito, nada se pode aproveitar da prova, uma vez que o ilícito é a sua causa. [Grifamos]

Fernandes (2010, p. 86), com os olhos voltados para o artigo 157, *caput* do CPP (que representa a projeção, no plano infraconstitucional, da regra do artigo 5º, LVI da CF), também chama a atenção para a

---

<sup>2</sup> HC 120366 AGREG no HC 120366/RS, 2ª Turma do STF, julgado em 26/08/2014; HC 118882/BA, 2ª Turma do STF, julgado em 10/06/2014; RHC 116166/SP, 2ª Turma do STF, julgado em 27/05/2014; AGREG no HC 121.271/PE, 2ª Turma do STF, julgado em 13/05/2014; HC 119770/BA, Voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08/04/2014.

necessária distinção entre o *regime de inadmissibilidade das provas* e o regime de *nulidade dos atos processuais*:

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais *apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais*, pois, em relação a essas, *o regime é outro*, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de *nulidade*, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157). [Grifamos]

A importante distinção entre *inadmissibilidade processual* e *nulidade processual* guarda paralelo com a diferenciação, que tem origem na doutrina italiana, entre “*provas ilícitas*” propriamente ditas (sujeitas à inadmissibilidade processual) e as chamadas “*provas ilegítimas*” (sujeitas à nulidade). Esclarecedora, neste ponto, a clássica explanação de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011, p. 127):

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, *natureza substancial* quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos *direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo*.

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade; mas, enquanto no primeiro caso haverá um “*ato ilegítimo*”, no segundo caso haverá um “*ato ilícito*” (Nuvolone).

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma *lei processual*, a prova será *ilegítima* (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a *proibição for de natureza material*, a prova será *ilicitamente obtida*.

Para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto. Mas o ponto que dá origem a maiores discussões é aquele atinente à relevância das provas cuja obtenção constitui ato materialmente ilícito.

*Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.*

Não parece ter sido a melhor opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais” (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a *equivocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo*. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade do ato de formação da prova* e impõe a sua renovação, nos termos do *art. 573, caput, do CPP*.

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X da CF), etc. [Grifamos]

Assim, a abordagem teórica empreendida por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011), para a distinção entre “*provas ilegítimas*” (sujeitas ao regime de *nulidades* processuais) e “*provas ilícitas*” (sujeitas ao regime de *inadmissibilidade* probatória) oferece valioso subsídio para a correta aplicação e interpretação do artigo 157, *caput* do CPP, em sua combinação com o artigo 5º da Lei 9296/96, em integral conformidade com o artigo 5º, LVI da CF, e sem desprezo aos artigos 563 e 573 do CPP. Consolida o entendimento de que a *prova ilícita* se associa, exclusivamente, às provas obtida com violação de *direitos fundamentais substanciais, materiais*, protetivos de liberdades públicas (inviolabilidade do domicílio, proteção da intimidade, privacidade das comunicações, proteção contra maus-tratos e tortura etc), e não às provas para cuja obtenção se tenha eventualmente violado normas de índole *puramente processual*, ainda que com *status* constitucional, como, por exemplo, a exigência de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX da CF). Tanto que este dispositivo constitucional não é mencionado, no excerto de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2011), acima transcrito, ao exemplificar os direitos fundamentais normalmente feridos pela prova ilícita.

Feita essa precisa distinção, e supondo ser o caso de fundamentação deficiente, sujeitando-se portanto ao regime das *nulidades*, e não o da *inadmissibilidade*, é preciso avançar numa solução jurídica que traga efeitos práticos ao deslinde da causa, em harmonia com essa importante distinção. Afinal, em que pese a precisa distinção, teórica e legal, entre os diferentes regimes de invalidação, nas hipóteses em que a renovação do ato nulo se revelar inviável (caso da interceptação telefônica), a simples declaração de sua ineficácia pouco diferirá, *na prática*, salvo pelo desentranhamento, do efeito provocado pelo reconhecimento de uma prova considerada inadmissível.

Ao contrário de Badaró (2012) e de Gloeckner (2013), ainda nos parece atual e relevante a distinção entre inadmissibilidade das “provas ilícitas” e nulidade das “provas ilegítimas”, embora reconheçamos que a matéria carece de melhor aprofundamento, do ponto de vista procedimental. Em verdade, nenhum dos dois autores chegou a “testar” a razoabilidade do enfoque unificador que defendem, à luz da problemática especificamente enfrentada neste artigo, de resto não abordada mesmo em consagradas obras monográficas, como as de Avolio (2010): efeitos da nulidade, por deficiência de fundamentação, de decisão que autorizou a produção de prova por interceptação telefônica.

Diversamente da clássica hipótese da prova ilícita que “contamina” uma decisão judicial, tratamos aqui da inusitada situação de uma possível “contaminação” de uma prova materialmente lícita por força do ulterior reconhecimento da nulidade (por vício de fundamentação) da decisão que a autorizou. Portanto, cuidamos aqui de provas “não repetíveis” produzidas em circunstâncias muito diversas das que certamente Gloeckner (2013) tinha em mente quando, invocando o “princípio da preclusão probatória”, peremptoriamente asseverou que “a declaração judicial de nulidade de uma prova irrepitível significa torná-la juridicamente imprestável” (GLOECKNER, 2013, p. 521).

No contexto da temática especificamente abordada na presente tese, considerar automaticamente ilícita (e, portanto, sujeita ao efeito da inadmissibilidade) *até mesmo a prova judicialmente autorizada*, ainda que com eventual defeito em sua fundamentação, não parece corresponder à melhor interpretação do artigo 5º da Lei nº 9296/96 e sua combinação com o artigo 157, *caput* do CPP, em consonância com os artigos 5º, LVI e 93, IX da CF e os artigos 563 e 573 do CPP.

A vigorar tal entendimento, bastaria a atuação decisória de um juiz *tecnicamente incompetente* ou *eticamente comprometido* para que uma fundamentação defeituosa (por erro técnico ou por dolo do juiz – pense-se, aqui, na teratológica, mas possível hipótese de um juiz venal) sutilmente levasse à inexorável inadmissibilidade da prova obtida, pondo por terra investigações e processos tratando dos mais relevantes

interesses públicos, inclusive para a salvaguarda de outros direitos fundamentais, para além dos que originalmente inspiraram a proteção individual contra a prova ilícita, no âmbito do que se denomina “dupla face dos direitos fundamentais” (conf. Lênio STRECK, 2004 e 2007; Maria Luiza STRECK, 2009; SARLET, 2003).

Entendemos que, sem qualquer lesão ao sistema normativo (inclusive de índole constitucional), é possível alcançar-se uma solução adequada à singular hipótese tratada no presente texto, sem que seja necessário dispensar ou reescrever (mas apenas aperfeiçoar) consagrados conceitos da doutrina processual brasileira, robustos o suficiente para resistir inclusive à errática e assistemática produção legislativa dos últimos anos.

Ora, não se pode afastar a circunstância de que o regime processual das *nulidades*, previsto no CPP, apoia-se em duas premissas fundamentais: o aproveitamento do ato que não resulte *prejuízo* para a acusação ou para a defesa (artigo 563 do CPP) e a possibilidade de *renovação* ou *retificação* dos atos relativamente nulos (artigo 573 do CPP). Oportuno aqui realçar que a orientação mais recente, do STF e do STJ, é no sentido de atenuar o rigor da clássica distinção entre “nulidades absolutas” e “nulidades relativas”, ao menos no que tange à possibilidade de, também em relação a nulidades consideradas absolutas, exigir-se a demonstração do efetivo prejuízo. São diversas as decisões nesse sentido.<sup>3</sup>

Nesta altura, é de se reforçar a base sobre a qual se edifica o sistema de nulidades no processo penal brasileiro. Tema denso e recheado de controvérsias, carente de parametrização, tem-se deixado à regulação hermenêutica fundada na esfera das respectivas dimensões normativas, sempre a partir de sua inspiração constitucional. Daí porque sua disciplina principiológica inspira-se na preponderante valoração do *fundo* em relação à *forma*, baliza orquestrada, tal qual o método aristotélico da *mesótes*, entre dois extremos que só podem ser decididamente encontrados com a questão pressuposta previamente resolvida, já que atua como premissa, e essa, a nosso ver, funda-se no objetivo maior do processo penal, sempre pautado pela *verdade real*.

Ora, no trânsito das relações sociais, claro, a preservação dos direitos fundamentais constitui ponto nuclear da vida sideral do Estado Democrático de Direito, sobre o qual orbitam, em constelações distintas, as demais categorias de direitos, todas elas voltadas, porém, à essência deste modelo de pacto social, que é *o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, o que só se dará, efetivamente, com mecanismos e ferramentas que permitam alcançar o saneamento ético desse mesmo Estado, desempenhando o processo, nessa perspectiva e numa necessária visão política, papel de destaque que não pode ser, reiteradamente, obstaculizado ou ofuscado pela prevalência de uma *verdade formal* mais afeita a um jogo argumentativo de cartas marcadas.

Creemos, por isso mesmo, que o recente êxito das investigações levadas a cabo na conhecida “*operação lava jato*”, representa lúcido exemplo, com a chancela da interpretação constitucional pelo STF, por meio da discreta, mas corajosa pena do Min. Teori Zavaski, desse tipo de tendência emancipatória da prova penal.

É preciso, às vezes, apelo prático do qual o intérprete, invariavelmente, tende a se afastar, em total desconexão com a dinâmica social, dotado de impressionante surdez ao grito das ruas, pulverizando o Direito que deve aplicar.

A propósito, embora Robert Alexy inicie sua *Teoria da Argumentação Jurídica* com a constatação de Karl Larenz no sentido de que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados” (ALEXY, 2011, p. 17), reconhece Alexy, a final, o vínculo inextricável entre as duas formas de discurso, aceitando ser a argumentação

---

<sup>3</sup> RHC 122467/SP, 2ª Turma do STF, julgado em 03/06/2014; HC 99053/MG, 1ª Turma do STF, julgado em 21/09/2010; HC 238479/PE, 5ª Turma do STJ, julgado em 13/11/2012.

jurídica “totalmente dependente da argumentação prática geral e que, portanto, faz sentido dizer que as formas de argumentação práticas gerais são a base da argumentação jurídica” (ALEXY, 2001, p. 271).

Destarte e retomando o tema, temos, de um lado, a necessidade de uma *distinção prática* entre os efeitos do reconhecimento de uma prova *inadmissível* e os efeitos do reconhecimento de uma prova eventualmente oriunda de uma decisão *nula*, por deficiência de fundamentação.

De outro lado, o reconhecimento de que, ao contrário do que sucede com as decisões finais, de mérito, que podem ser renovadas para melhor fundamentação, em se tratando de uma decisão no âmbito de uma medida cautelar, como a que autoriza a realização de interceptação telefônica, a *renovação se mostra inviável*, por motivos óbvios, também referidos por Badaró,<sup>4</sup> ainda que este conclua que “embora os atos processuais nulos devam ser, em regra, repetidos, para sua realização válida, tal regra não é indefectível” (BADARÓ, 2012, P. 287).

Consideramos possível, no contexto da argumentação aqui deduzida, a compatibilização da racionalidade normativa da repetição ordinária do ato nulo com a circunstância pragmática de impraticabilidade da renovação, no caso das interceptações telefônicas.

Quer nos parecer que uma solução que, ao mesmo tempo em que possibilitasse o controle da legalidade da decisão que decreta a interceptação, no tocante a sua fundamentação, não inquinasse a prova “ilegítima” com efeito prático equivalente ao da inadmissibilidade (que deve ser reservada apenas à prova “*ilícita*”), seria considerar a nulidade (por defeito de fundamentação), referida no artigo 5º da Lei nº 9296/96, como passível de convalidação na instância revisora.

Em consequência, em sendo *inviável a renovação da prova*, caberia ao Tribunal (a quem é devolvida toda a matéria impugnada) examinar se, a despeito de eventual deficiência da fundamentação, os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9296/96 se fazem presentes. Em caso negativo, a decisão de primeiro grau haverá de ser reputada como nula, sendo ineficaz em seus efeitos. Em caso positivo, seria ela, decisão de primeiro grau, *convalidada* pela instância superior, ainda que com fundamentação complementar ou retificadora.

Vale dizer, considerando-se como de *renovação impraticável*, na instância de origem, a prova obtida com vício de motivação da decisão que a indeferiu, tal vício poderia ser eventualmente *sanado* na instância superior – caso esta se convença de que, a despeito da deficiência da fundamentação, a autorização *poderia ser validamente concedida*. A declaração de ineficácia do ato ocorreria apenas se o Tribunal se convencesse de que, independentemente da deficiência da fundamentação, não seria mesmo o caso de se autorizar a produção da prova.

Essa solução permite harmonizar, sem nenhum conflito, o artigo 157, *caput do CPP* (que, como vimos, trata da *inadmissibilidade de provas substancialmente ilícitas*, e não das provas decorrentes de decisões eivadas de *nulidades processuais* – “*provas ilegítimas*”) com o artigo 5º da Lei nº 9296/96, que há de considerar eventual defeito de fundamentação como hipótese de nulidade. Caso contrário, desfaz-se, na prática, a

---

<sup>4</sup> A não repetição da prova ilícita não decorre de uma característica ontológica de tais provas. Como o vício da ilicitude costuma ocorrer na obtenção da fonte de prova, o fator surpresa desaparece após a sua produção e, no caso, o posterior reconhecimento judicial da ilicitude. Seria de todo inútil, anos após a realização de uma interceptação telefônica ilícita, que o juiz autorizasse uma nova interceptação para tentar captar o mesmo conteúdo de conversa entre as mesmas partes. (...) De fato, dificilmente teria êxito uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão que o investigado soubesse previamente da autorização judicial.” (BADARÓ, 2012, p. 286).



um só tempo, o distinto conceito de *inadmissibilidade*, previsto no artigo 157, *caput* do CPP, e o regime geral das *nulidades*, de que são exemplos os artigos 563 e 573 do CPP.

Registre-se, a propósito, que a necessidade de elaboração de orientação jurisprudencial que dê, aos dispositivos da Lei nº 9296/96, *interpretação conforme a Constituição Federal* (artigo 93, IX e artigo 5º, LVI), já foi recentemente anotada, de forma expressa, pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, ao aditar seu voto, por ocasião do julgamento, em 08/04/2014, do HC 119770/BA:

Tendo em vista o atual estágio da jurisprudência e a configuração dos fatos aqui examinados, manifesto-me no sentido de denegar a ordem, com as reservas que já fiz em relação à *necessidade de que nós discutamos o próprio modelo legal hoje vigente, que, a mim me parece, a lei é de 96 e está carente de aperfeiçoamento, tanto que no que diz respeito ao prazo como no que diz respeito, talvez, à fundamentação e também no que concerne à própria fundamentação*. [Aditamento ao Voto, Ministro Gilmar Mendes, HC 119770/BA, julgado em 08/04/2014, publicado no DJe de 23/05/2014]

Isso, a despeito da pendência do tema de repercussão geral nº 661, reputado constitucional em 13/06/2013, em decisão assim ementada:

Processo penal. Interceptação telefônica. *Alegação de violação aos artigos 5º, 93, inciso IX, e 13, § 2º da CF. Artigo 5º da Lei n. 9296/96*. Discussão sobre a constitucionalidade de sucessivas renovações da medida. Alegação de complexidade da investigação. Princípio da razoabilidade. *Relevância social, econômica e jurídica da matéria*. Repercussão geral reconhecida. (RE 625263 RG/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2013, publicado no DJe de 09/09/2013).

Nesse contexto, a solução aqui aventada – que aborda questão relacionada ao tema de repercussão geral nº 661, mas o transcende, pela maior especificidade – proclama-se como fruto do necessário espaço de *ponderação* na aplicação das normativas referentes à prova ilícita e à fundamentação das decisões judiciais, valendo-se de critérios de *razoabilidade e proporcionalidade*. A propósito, registramos que limitações de espaço impossibilitam a aplicação, na presente tese, de um teste de validade metodológica da solução aqui alcançada, à luz da técnica de ponderação proposta por BARCELLOS (2005), como já fizemos numa versão ampliada deste texto.<sup>5</sup>

## Conclusão

A solução aqui proposta – que poderá ser utilizada numa miríade de outros recursos e ações impugnativas versando sobre o alcance do artigo 5º da Lei nº 9296/96, no quadro normativo constitucional representado pelos artigos 5º, LVI e 93, IX da CF – pode ser explicitada em dois enunciados propositivos, cuja redação, após necessários aperfeiçoamentos, tem o potencial de contribuir até mesmo para a possível consolidação do entendimento da matéria junto aos Tribunais:

1. O regime de inadmissibilidade da prova ilícita, aplicável a violações de direitos fundamentais e dispositivos legais de natureza material, não exclui o regime de nulidades dos atos e provas realizados com infração a direitos fundamentais e dispositivos legais de natureza meramente processual.
2. Eventual deficiência de fundamentação na decisão que defere medida cautelar, com impossibilidade prática de renovação da prova produzida, permite ao Tribunal que conhecer da impugnação convalidar a decisão ou retirar-lhe a eficácia, conforme o resultado de seu retrospectivo exame quanto à presença dos requisitos exigíveis para o deferimento da cautelar.

---

<sup>5</sup> Vide nota 1, supra.

**Referências bibliográficas:**

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. SP: Landy Editora. 2001.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacoben. *Nulidades no processo penal – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3, Porto Alegre 2003.

STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais incriminadoras. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004.

STRECK, Lenio. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lênio (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

**Referências jurisprudenciais:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 238479/PE*, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/11/2012, publicado no DJe de 23/11/2012. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGREG no HC 121.271/PE*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/05/2014, publicado no DJe de 25/08/14. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 666424 AgR/SC*, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/03/2013, publicado no DJe de 26/03/2013. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 118882/BA*, 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/06/2014, publicado no DJe de 28/08/2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 119770/BA*, 2ª Turma, Voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08/04/2014, publicado no DJe de 23/05/2014. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 120366 AGREG no HC 120366/RS*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26/08/2014, publicado no DJe de 09/09/2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 99053/MG*, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/09/2010, publicado no DJe de 29/11/2010. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 625263 RG/PR*, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2013, publicado no DJe de 09/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 116166/SP*, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2014, publicado no DJe de 27/06/2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 22/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 122467/SP*, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03/06/2014, publicado no DJe de 04/08/2021.

***A COMPETENCIA DE JULGAR  
O CRIME DO ART.244-B DA LEI  
8069/90, COMO OBSERVANCIA DO  
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL  
DA PRIORIDADE ABSOLUTA  
E PROTEÇÃO INTEGRAL, E,  
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS  
HUMANOS DAS CRIANÇAS E  
ADOLESCENTES NO BRASIL***

*ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA*

O crime do art. 244-B viola a dignidade moral das crianças e adolescentes e precisa ser julgado pelas VARAS Especializadas dos crimes contra crianças e adolescentes previstos no COJ de cada unidade da Federação, inexistindo, seja criada uma Vara criminal com esse fim, com interface com 2º grau MP.

**Da competência de julgar o crime do art. 244-B da Lei n.º8069, de 13/07/1990, como observância do Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta e Proteção Integral, e, efetivação dos Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes no Brasil.**

#### JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal promulgada em 04/10/1988, estabeleceu por determinação do Poder Constituinte sobre o tema os Princípios basilares: *Prioridade Absoluta e a Proteção Integral da Infância e Juventude.*

**O Artigo 227 da CF prescreve que 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.**

Ao definir em linhas gerais essas finalidades públicas, a sociedade brasileira através de um movimento nacional de base obteve a elaboração, discussão e promulgação da **Lei n.º8069/90**, com total legitimidade social, criou meios e instrumentos efetivos para o enfrentamento da questão infanto-juvenil.

A lei considera criança *“para todos os efeitos, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”*. Nos casos expressos em Lei, aplica-se excepcionalmente o ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

**Não podemos olvidar que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o ECA, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.**

A partir daí os adolescentes em conflito com a Lei passaram a ser vistos como sujeitos de direito e começaram a receber tratamento compatível, mediante entrevista informal, representação pelo Órgão Ministerial com indícios de autoria e materialidade do ato infracional, patrocínio de Advogado para defendê-lo e demais garantias asseguradas na Carta Magna, corroboradas no citado diploma legal. Sucumbindo por completo as velhas e arcaicas práticas do Código de Menores totalmente revogado. Uma nova Cultura Infanto-juvenil foi implantada no país, e, esse processo, ainda, não foi concluído.

O ECA no art. 3º preceitua: *“ É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”*

Com relação as crianças e adolescentes vítimas de todas as formas de violência surgiu um novo olhar, compatível com a condição *de vulnerabilidade por se tratar” de ser humano em peculiar estado de desenvolvimento, merecendo ser vistos por outra ótica*”. A interdisciplinaridade aliada a multidisciplinaridade traçaram novos paradigmas de atuação em rede, depoimentos sem dano ou acolhedor, sempre sobre a tônica da efetivação dos Direitos Humanos das crianças e dos Adolescentes, maior aproximação com outras Ciências, tais como: Antropologia, Psicologia e Sociologia, Medicina, dentre outras.

Algumas unidades da Federação mediante Lei de Organização Judiciária criaram Varas Especializadas em crimes contra Crianças e Adolescentes. Em Pernambuco, precisamente na capital foi um dos pioneiros a criar e implantar a Primeira VCCA. Em 2008 foi criada a segunda VCCA, sendo os feitos redistribuídos, ambas com sede na Rua Fernandes Vieira 405, Comarca do Recife. É pertinente salientar que um número de processos crimes ficaram paralisados durante anos, sem titular e sem nenhuma prioridade, acarretando um número acentuado de prescrições.

**O art.86, Inciso I e II do Código de Organização do Judiciária de PE - Compete ao Juízo de Vara de Crimes contra crianças e adolescentes:**

**I- Processar e julgar as ações penais de crimes em que figurem como vítimas, ou dentre as vítimas, a criança ou o adolescente.**

**II- Processar e julgar as ações penais dos crimes previstos na legislação federal de proteção à criança e ao adolescente.**

**Parágrafo Único - Na distribuição dos feitos de natureza criminal para essa Vara Especializada, ficarão excluídos os feitos de competência do Tribunal do Júri (Nova redação dada pela Lei Complementar n.º06/01/2009 DOPL 07/01/2009).**

A competência dessas Varas é processar e julgar os crimes quando crianças e adolescentes são vítimas e, exceto no caso de crimes dolosos contra a vida, na modalidade consumada ou tentada. Um critério com

definição legal.

O art. 244-B da Lei 8069/90 (ECA) estabelece; “Corromper ou facilitar a corrupção de menores de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração ou induzindo-o a praticá-la: (incluído pela Lei n.º 12.015, de 2009. PENA- reclusão de 1 (um) a 4 (quatro anos) incluído pela Lei n.º 12.015/09.

§1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem prática as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate papo da internet.

§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 n.º 8072, de 25 de julho de 1990. (§ 2º acrescentado pela Lei n.º 12.015, de 07/08/2009.

Nas capitais de cada estado do país, de acordo com os compromissos assumidos pelo Poder Judiciário respectivo, procurou atender aos aspectos teleológicos, Constitucionais e Legais, e, criando ou aumentando as Varas Especializadas de crimes contra crianças e adolescentes. Outros estados preferiram estabelecer Resolução sobre a matéria e alguns com atuações especificadas.

Em Pernambuco foram criadas e implantadas duas Varas. O que atesta o cumprimento das diretrizes constitucionais, embora na prática o entendimento tenha mudado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em razão da matéria prolatou a Sumula 500 que diz: A configuração do crime do art.244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de crime formal.

A Jurisprudência brasileira tem entendido que na existência de Varas Especializadas de Crimes contra Crianças e adolescente a competência nos casos do Art. 244-B cumuladas com outros crimes é da VCCCA. Como exemplos citamos: DJPA 27/03/2015 - pág. 390-Diário da Justiça do Pará; DJPA 19/07/2013-Pág. 229-Diário da Justiça do Pará. DJ-MA-12/03/2015 - pág.360 - Diário da Justiça do Maranhão - ...” a sua condição de VULNERABILIDADE. De acordo com o art. 244-B do ECA, comete o crime de corrupção de menores. Ao mesmo tempo em que é vítima da corrupção”. STJ- HC 169657 DF 2010/0070891-5, publicação em 23/05/2013-Decisão, ao revogar a Lei 2.252/54, também acresceu o artigo 244-B ao ECA, permanecendo assim, referido delito como formal, de acordo com a Sumula 500-STJ.

O adolescente é sempre o VULNERAVEL, levado ao crime pelo adulto, na maioria das vezes é representado, sendo aplicada medida sócio-educativa, enquanto que o adulto, se for julgado em uma das Varas Criminais por distribuição perderá a sua especificidade. A Constituição Federal determinou a PROTEÇÃO INTEGRAL, logo, os adolescentes menores não podem ser duplamente penalizados. A ausência de políticas públicas que ofereça oportunidades aos adolescentes, os levam a perpetrar atos inflacionais sob a influência do adulto, que orienta, oferece vantagens e não se cogita de impunidade desses adolescentes em conflito com a Lei, que são representados e sentenciados, até três anos de internamento. E os adultos?

Em 14 de Maio de 2015 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou e implantou em Belo Horizonte uma Vara especializada em crimes contra crianças e adolescentes. O Tribunal de Justiça do Amazonas inaugurou em Manaus no dia 08/05/15 a Primeira Vara Especializada em Crimes Contra Crianças e Adolescentes, além de um telefone 0800.

É ininteligível criar duas Varas Especializadas, e, decidir por duas categorias de vítimas numa sociedade cada vez mais violenta e discriminatória. A Carta Magna veda expressamente qualquer espécie de discriminação. Órgãos Públicos ou Poderes constituídos do Estado não existem para serem agentes multiplicadores de discriminações e de zonas de conforto. Como bem esclarece a propósito Horacio Wanderley Rodrigues:

“...com relação à desigualdade sócio-econômica, não se pode eliminá-la através do direito, quer seja processual ou material, mas se pode criar mecanismos, principalmente no que se refere à assistência jurídica integral e gratuita e à organização do Poder Judiciário, através dos quais essa desigualdade não impeça os mais carentes de terem acesso à justiça, e nem sejam prejudicados em juízo em razão das diferenças materiais existentes entre as partes” .(pág.51).

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso elabora a Resolução n.º106, de 19 de março de 2014 (DJ MS, de 10.04.2014), alterando a anterior no sentido de atender o binômio complexidade e numero de processos, realinha a competências das Varas Criminais para atender melhor e de forma mais céleres os crimes contra crianças e adolescentes.

Segundo DINAMARCO “, quando se fala em efetividade do processo se quer dizer”... “que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio -política-jurídica, atingindo em sua plenitude todos os seus escopos institucionais (p. 385).

O ECA traça o sistema de garantias em três eixos (linhas de ação). O de promoção se encontra as políticas

públicas sociais básicas e os órgãos de atendimento direto, cujo papel é cumprir na prática os direitos da criança e do adolescente. O eixo de controle é a carga das entidades que atuam na vigilância sobre política e o uso de recursos públicos para área da infância e juventude. A terceira linha de ação, que nos interessa nesse contexto, diz respeito a defesa, que reúne os órgãos como Defensoria Pública, Ministério Público, Poder Judiciário, Delegacia de Proteção à Criança e ao adolescente com função de intervir nos casos em que os direitos da criança e adolescente são NEGADOS ou VIOLADOS.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco em primeira oportunidade, publicada no DJPE, página 799-de 23-04/2014- Processo Crime 0086619-28.2013.8.17.001- da Primeira VCCA. Com fundamento na conexão do crime do art. 157, § 2º, Inciso I e II, do CPB c/c art. 344-B da Lei 8069/90, a Defesa do acusado alegou que o adolescente de 17(dezessete) anos não seria vítima do crime de corrupção de Menores, suscitou o art. 78, Inciso IV do CPP.

*E diz: “ A peça acusatória descreve a ocorrência da pratica de roubo qualificado pelo concurso de pessoas e uso de arma, que fixa pena superior aquele previsto para o delito insculpido no art. 244-B da Lei 8069/90. O crime patrimonial se mostra, certamente, como o de maior gravidade e fora praticado contra uma pessoa jurídica e um adulto, exercendo a vis atractiva. Portanto, esta vara não é competente para julgar o presente feito, já havendo decisões do TJPE neste sentido (TJPE - Conflito de Jurisdição: CJ 381568920128170001 PE 0015672.83.2012.8.17.0000” PENAL CONFLITO DE COMPETENCIA. USO DE DROGA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CRIMES CONEXOS COMPETENCIA DO JUIZO CRIMINAL. UNANIMIDADE. 1-Considerando a controvertida natureza jurídica do crime previsto no art. 28 da Lei n.º11.434/2006 e que o art. 14 da lei n.º 10.826/2003 comina sanção mais grave, é de ser a competência atraída para o juízo comum, afastando a competência dos Juizados Especiais e, também, a competência da Vara Especializada de crimes relativos a entorpecentes. 2. Competência do Juízo da 11ª Vara Criminal da Capital. 3- Unanimidade” (Órgão Julgador Quarta Câmara Criminal.*

Relator Gustavo Augusto Rodrigues de Lima - Julgamento em 22/11/2012, ”Nesta esteira, a distribuição do elevado número de processos em que há este tipo de concurso acaba por prejudicar a especialidade da Vara, uma vez que o jovem corrompido muitas vezes sequer é ouvido (no presente processo o adolescente sequer foi ouvido em sede policial ou arrolado como testemunha na denúncia e não há qualquer documento que comprove a idade), e quando o é, vem na condição de simples testemunha. O Aparato criado para um atendimento especializado para crianças e adolescentes vítimas de crimes tem gerado no Brasil uma reavaliação do foco deste tipo de Vara. A título meramente exemplificativo tem-se que em muitos estados os seus respectivos Códigos de Organização Judiciária já elegeram quais crimes devem ser processados e julgados pelas Varas Especializadas, tais como TJMA (resolução n.º 40/2007, TJPR( Resolução n.º 93/2013, na qual, inclusive, se exclui explicitamente o delito previsto no art. 244-B do ECA da competência destas Varas); TJAC (Resolução n.º154/2011); TJCE (Resolução n.º 09/2011 e TJRN (Resolução n.º 013/2008). Todos estes precipuamente atribuem competência para o processamento de crimes contra a dignidade sexual, dentre outros. Desta feita, ocupar a Vara de Crimes contra Crianças e Adolescentes com feitos em que as vítimas do delito mais grave são uma pessoa jurídica e um adulto resulta em embarçar a real essência da criação destes juízos. ASSIM, COM OS ARGUMENTOS E FUNDAMENTOS ACIMA EXPOSTOS. EVIDENCIA-SE QUE O PRESENTE FEITO NÃO É AFETO Á COMPETENCIA DESTA VARA. DIANTE DISSO DEVOLVAM-SE OS AUTOS PARA A VARA DE ORIGEM, ou seja, II Vara Criminal da Capital. Entretanto, se não for esse o entendimento do MM. Juiz da II Vara Criminal, com as razões acima, encaminhem-se os autos ao Tribunal de Justiça de Pernambuco para conhecer e decidir o aparente conflito de competência. Recife, 08 de abril de 2014- Juiz da Primeira Vara dos Crimes contra Crianças e Adolescentes.

O crime do art. 244-B foi considerado em Recurso Especial repetitivo n.º 1127954/DF como delito formal que se consuma pela prática em companhia de menor, sendo dispiciendo que o menor já tenha sido corrompido anteriormente, eis que o objeto jurídico a ser protegido é a MORALIDADE DOS MENORES. Provimento ao recurso ministerial para condenar os réus pelo crime previsto no art. 244-B da Lei n.º 8069;90 (TJ-RJ- Apelação APL 00526859320118190001 RJ 0052685.93.2011.8.19.0001(TJ-RJ) Decisão publicada em 28/01/2013.

É, portanto entendimento pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Superiores que o tipo penal do art. 244-B do ECA é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, bastando a comprovação da participação de inimputável em pratica delitosa na companhia de maior de 18 (dezoito) anos de idade (TJ-SC- Apelação Criminal (Réu preso) APR 20140489003 SC 2014.048900.3 (Acórdão) TJSC-publicação em 31/07/2013.

Os ditames Constitucionais e o Princípio da Legalidade não podem ser mitigados com base em Resolução, com fundamento em política criminal ou redução de feitos. Cada uma das Varas possui cerca de mil



processos em andamento, com a retirada das Ações Penais Públicas em concurso com o crime do art. 244-B da Lei 8069/90, reduzirá drasticamente a demanda de feitos, causando prejuízo irreparável as vítimas crianças ou adolescentes que são seres humanos e imputáveis. Por outro lado, não é razoável que a fundamentação de redução de feitos e Política Criminal, preponderantemente, em decisões cristalizadas em Pernambuco, ecoam na contramão da história de resistência e enfrentamento no combate aos crimes contra crianças e adolescentes no Brasil. Uma antecipação da menoridade penal por via jurisdicional.

No Paraná, por exemplo, conta com uma Vara de Infrações Penais contra Crianças, Adolescentes, Idosos e Infância e Juventude, sito na Avenida Iguacu, 750-Rebouças – Curitiba - Paraná- CEP-82.810-400. Fone (41) 3223-4672. Uma forma especializada de tratamento aos vulneráveis por categorias.

A corrupção se tornou algo banal, o jeitinho brasileiro de ficar na impunidade, pois a MORALIDADE desses adolescentes vítimas, na sua esmagadora maioria pobres, sem instrução, sem família, sem orientação, sem oportunidades serão cada vez mais esquecidos, porque o Estado Juiz, o Estado Promotor são protagonistas dessa nova História das Crianças e Adolescentes, e, descumprindo o Código de Organização Judiciária do próprio Estado, rasga por assim dizer, todas as perspectivas de ações ou meios de garantir a Proteção integral, sem escola, sem lazer, sem esportes, sem políticas publicas de inclusão social, serão cada vez mais induzidos e atraídos à criminalidade. No amontoado de processos ora atrasados, ora paralisados, tramitam nas varas criminais de criminosos adultos, com uma grande chance de serem apanhados pela prescrição, que no caso, serviria a IMPUNIDADE. O ciclo vicioso seria crescente e os criminosos ou organizações criminosas se locupletando dessa situação imposta, de maneira desarrazoada. Como explicar ter duas Varas Especializadas, com atribuições no Código de Organização Judiciária Estadual e não as observar.

É com espírito de indignação que trago a baila essa realidade, no intuito de discutir com os colegas como fazer para reverter essa interpretação esdrúxula e sem qualquer propósito de Justiça Social!

**CONCLUSÃO:** O crime do art. 244-B é tipificado na Lei Federal n.º 8069/90, e como viola a dignidade moral das crianças e adolescentes, entendemos que cada unidade federada, em cumprimento a Constituição Federal e ao Princípio da Legalidade, e aos aspectos teleológicos do ECA seja julgado pela Vara Especializada dos crimes contra crianças e adolescentes previsto no Código de Organização Judiciária, com a interface com as Procuradorias de Justiça sobre a matéria, no caso de inexistir vara especializada seja criada por Lei ou especificada em Vara Criminal para os crimes dessa natureza em concurso com outros crimes perpetrados por adultos.

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.Consulta [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) em 21/04/15.
- 2.Consulta ao Estatuto da Criança e do Adolescente atualizado-Conselho Estadual de Direitos das Crianças e Adolescentes - CEDCA, setembro de 2013.
- 3.DOLTO, Françoise, 1908-1988. Seminário de Psicanálise de Crianças / Françoise Dolto; tradução Márcia Valeria Martinez de Aguiar - São Paulo; Editora Martins Fontes, 2013.
4. COSTA, Ana Paula Lemos, - Varas Especializadas em crimes contra Crianças e Adolescentes: Possibilidades e Limites da ação na defesa de Direitos (PDF i).
- 5.Consulta Jus Brasil - Noticiais em 14/05/2015.
- 6.[www.portalamazonia.com](http://www.portalamazonia.com)
- 7.CHOMSKY, Noam. Natureza Humana: justiça vs poder: o debate entre Chomsky, Noam e Michel Foucault; editado por Fons Elders; (tradução Fernando Santos) São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- 8.RODRIGUES, Horácio. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo. Editora Acadêmica, 1994.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2001, v..I

Recife, maio de 2015.

Rosemary Souto Maior de Almeida

Promotora de Justiça Criminal da Capital com atuação na Segunda Vara dos Crimes Contra Crianças e Adolescentes desde abril/2012 e Promotora de Justiça da Infância e Juventude de Setembro de 1990/março de 2012.

***A REFORMA DO ESTATUTATO DA  
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO  
ALTERNATIVA À DIMINUIÇÃO DA  
IDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO***

*ANDERSON PEREIRA ANDRADE*

O Congresso Nacional do MP referenda a iniciativa de reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar o procedimento garantista e responsabilizar o Adolescente que comete delitos de forma adequada. Tal Reforma deve ser suficiente para impedir o rebaixamento da idade penal na constituição



## **A REFORMA DO ESTATUTATO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO ALTERNATIVA À DIMINUIÇÃO DA IDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO**

**Anderson Pereira de Andrade<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Poderíamos intitular este texto “Revogação da parte infracional do Estatuto da Criança e do Adolescente como alternativa à diminuição da idade penal na Constituição”. Porém, mesmo sabendo que tal revogação e aprovação de uma “Lei de Responsabilidade Penal do Adolescente” no Brasil poderia ter efeitos estimados de retirar do imaginário da sociedade a ideia de que a lei “passa a mão” na cabeça de adolescentes infratores, não vamos fazê-lo. E não o faremos por uma principal razão: o grande problema da ineficiência das medidas socioeducativas e da impunidade ou falta de punição adequada aos adolescentes que transgridem a lei penal não se deve às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses problemas verificados no esforço de responsabilização de adolescentes infratores devem ser creditados, isso sim, aos gestores federais, estaduais e municipais que vêm, nestes vinte e cinco anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, negligenciando a implementação das políticas públicas necessárias à efetivação da Lei.

Não obstante, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser criticado e submetido ao crivo doutrinário que vislumbra a necessidade premente de reformas, de forma independente do debate imorredouro da diminuição da idade penal no Congresso Nacional. Vitórias diversas podem ser creditadas à Lei: a diminuição da mortalidade infantil e do trabalho infantil; a universalização do ensino fundamental; a visibilidade da chaga das violências cometidas contra crianças e adolescentes e o seu combate; a modernização do instituto da adoção e o seu processo, entre outras. Todas essas conquistas encontram-se no campo “cível” da Lei. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que ocorreu em outros países e até por sua primazia no cenário

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude do MPDFT e Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri.

internacional, optou por amalgamar a disciplina de todos os aspectos jurídicos atinentes à criança e ao adolescente num só diploma legal. Assim, tem-se claramente que a Lei foi vitoriosa no que se refere à proteção e não o foi no que se refere à responsabilização do adolescente pelo cometimento do ato infracional.

Isso se deu, sob o nosso ponto de vista<sup>2</sup>, por uma série de razões. Em primeiro lugar, como dito, por sua primazia no cenário internacional. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado no Brasil menos de um ano depois da aprovação, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas-ONU, em 1989, da Convenção dos Direitos da Criança, documento central com pertinência aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes em todo o mundo. Legislações posteriores, algumas bastante posteriores, como a alemã (2003), a espanhola (2000), a colombiana (2006) ou a chilena (2005), optaram por dividir os dois grandes temas, proteção e responsabilização da criança e do adolescente, em diplomas legais diferentes: leis de proteção e leis de responsabilidade penal juvenil. Em segundo lugar, dada a proximidade da discussão e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente como o paradigma anterior, da situação irregular, representado pelo Código de Menores de 1979, foram feitas concessões a esse paradigma em vias de ser ultrapassado. O maior exemplo é o artigo 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que faculta ao operador a privação da liberdade do adolescente para “garantia de sua segurança pessoal”. Como privar alguém de liberdade, de forma cautelar, para garantir-lhe a própria segurança? Em terceiro lugar, identifica-se férrea resistência contra qualquer mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à responsabilização do adolescente —inclusive dentro do Ministério Público brasileiro—, que teve papel protagonista, como sabemos, na elaboração e aprovação da lei<sup>3</sup>. Em quarto lugar, o Estatuto da Criança e do Adolescente se utilizou em diversos momentos de eufemismos para tratar de fenômenos que só pelo fato de receberem outro nome não perdem a sua essência. Assim, crime é *ato infracional*, pena é *medida socioeducativa*, a denúncia é *representação* etc. Isso tudo certamente contribuiu para a percepção social arraigada de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não pune o adolescente com o rigor necessário.

---

<sup>2</sup> E dos vários autores em que nos sustentamos: SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, 4.<sup>a</sup> ed.; SHEICARA, Sérgio Salomão, *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008; SPOSATO, Karyna Batista, *Direito Penal de Adolescentes*, São Paulo, Saraiva, 2013, entre outros.

<sup>3</sup> Como afirma SHEICARA, op. cit., p. 217: “Os defensores do paradigma da ambiguidade são aqueles que, rejeitando a adoção da doutrina da proteção integral, embora dela sejam nominalmente adeptos, defendem as práticas discricionárias e paternalistas no trato com crianças e adolescentes, opõem-se à diminuição da discricionariedade dos Juizes da Infância e da Adolescência bem como de representantes do Ministério Público, continuam a fazer o discurso da “proteção” aos jovens, defendendo medidas pedagógicas que tudo justificam, acreditam que as medidas socioeducativas não têm natureza sancionatória, com forte conteúdo retributivo, mas somente educativa, acreditam sinceramente que semiliberdade e internação são “benefícios”, bons institutos jurídicos que, por estarem na lei, devem ser considerados facilitadores da integração social; esquecem-se de mencionar que liberdade assistida e a prestação de serviços à comunidade vivem de improvisações, enquanto a reparação do dano quase não é aplicada, deixam de observar que há muitos casos em que adolescentes são punidos com mais rigor que adultos, acobertados pelas supostas qualidades do processo pedagógico das medidas socioeducativas, sempre no melhor interesse do adolescente, deixam de observar, ainda, que muitas prisões (pois a internação é prisão) são feitas em nome desse mesmo melhor interesse do adolescente.”

O que se pretende com este trabalho é demonstrar a necessidade de reformas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem embargo das discussões atuais no Congresso Nacional, mas tendo-as em vista, daí o título: a oportunidade ímpar de fazê-lo agora e sepultar definitivamente essa discussão que de tempos em tempos reaparece no Brasil. Portanto, neste trabalho serão discutidas diretrizes para reformar a Lei, aspectos que necessitam ser modificados e a justificativa para essa mudança, que quase sempre se alberga em sede constitucional, *locus* privilegiado de irradiação de princípios e garantias de defesa do mais fraco contra o jugo estatal<sup>4</sup>. Partimos da hipótese que a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente pelos juízes e tribunais, pelos órgãos do Ministério Público e Defensorias Públicas está impregnada do paradigma tutelar. Tentaremos demonstrar isso por intermédio de pesquisas empíricas e textos acerca da matéria. Elencaremos aqueles tópicos cuja modificação legal faz-se urgente e necessária e concluiremos com a discussão de caminhos para que o Ministério Público brasileiro intervenha de forma qualificada no debate, como vem fazendo a nossa CONAMP, e possa apresentar caminhos concretos de solução para os problemas.

### A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Quem opera o Estatuto da Criança e do Adolescente sabe que tal operação é realizada com amplíssimas margens de discricionariedade, já que a Lei deixa de prever detalhadamente diversos atos centrais nela previstos. Essa percepção foi avalizada e comprovada por dois estudos empíricos, um publicado e outro ainda pendente de publicação<sup>5</sup>. A pesquisa coordenada pela professora MINAHIM, sob encomenda do Ministério da Justiça, chegou a duras conclusões a partir da observação direta das práticas processuais em Varas da Infância e da Juventude de lugares tão representativos como São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Bahia, Paraná e Rio Grande do Sul. A pesquisa envolveu ainda a análise dos julgados sobre a matéria do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>. Entre as suas conclusões está a constatação da “frágil base doutrinária do sistema penal juvenil, fruto ainda dos pensamentos extrajurídicos. A isto, alia-se um expressivo distanciamento entre os princípios do direito penal garantista e a prática processual, fazendo preponderar, seja pela incompletude normativa do ECA, seja pela visão assistencialista da matéria, uma discricionariedade não desejável na aplicação da medida de internação.” A pesquisa da professora e colega de Ministério Público Selma Sauerbronn de Souza constatou que, apesar do tempo de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o paradigma da

---

<sup>4</sup> Com inspiração evidente na obra seminal de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Madri, Trotta, 1995.

<sup>5</sup> Tratam-se das obras MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord.), *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. Série Pensando o Direito, n. 26/2010, Brasília, Ministério da Justiça-UFBA- Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010 e SOUZA, Selma Leite N. S., *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da Justiça do Distrito Federal*, dissertação de Mestrado, Brasília, Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, 2014.

<sup>6</sup> Trabalho já realizado por FRASSETO, Flávio Américo, «Ato infracional, medida sócio-educativa e processo - a nova jurisprudência do STJ», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 33, janeiro-março de 2001, porém, sem a utilização de metodologia empírica.

situação irregular vigente com os Códigos de Menores desde o começo do século passado no Brasil continua a ter presença marcante nas decisões e acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Um total de noventa decisões desse órgão judicial, representando uma amostra de aproximadamente dez por cento das decisões proferidas no período elegido para a pesquisa, tiveram o seu conteúdo analisado de forma percuciente e com a utilização de metodologias quantitativas e qualitativas adequadas, conforme veremos adiante.

A pesquisa liderada pela professora MINAHIM constatou estar configurado, como dissera SHEICARA, um “neomenorismo” na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito do procedimento de apuração do ato infracional. Esse “neomenorismo” estaria fundado essencialmente na pretensa proteção oferecida ao adolescente infrator e na ausência de limites para a intervenção socioeducativa. Segundo a pesquisa, as condições pessoais do adolescente operam de forma mais intensa do que a verificação de sua conduta, configurando-se um Direito Penal do Autor nos procedimentos atinentes à Justiça da Infância e da Juventude<sup>7</sup>. Portanto, segundo o que constatou a investigação, sob a pretensa vontade de “proteger”, de defender, os aplicadores do Direito da Infância e da Juventude tratam o adolescente infrator de forma mais gravosa que o adulto, pervertendo o princípio internacional segundo o qual a intervenção com o adulto deve ser o limite da intervenção com o adolescente. O trabalho de pesquisa deixa evidenciado que os espaços e lacunas deixados pelo texto da lei, que são sistematicamente preenchidos por juízos de valor, especialmente do Juiz e do Ministério Público, evidenciam os antagonismos que se estabeleceram ao longo dos anos entre a *mens legis* e a sua operação. Sim, porque tudo o que queriam os autores do Estatuto da Criança e do Adolescente era limitar o poder discricionário desmedido do todo poderoso Juiz de Menores nascido nos albores do século XX. Vinte e cinco anos depois constata-se que conseguiram apenas em parte.

A pesquisa dirigida pela professora MINAHIM, utilizando-se de metodologia qualitativa, elencou as notas características do procedimento de apuração do ato infracional. Constatou de forma empírica o que os operadores já conhecíamos de nossa prática cotidiana. Vejamos os achados da pesquisa<sup>8</sup>. Primeiro. A celeridade processual acaba preponderando sobre o devido processo legal, com a duração das audiências quase sempre inferior a 5 minutos, havendo inquirição de testemunhas em tempo inferior a 3 minutos<sup>9</sup>. Segundo. Não há confrontação com testemunhas; estas são ouvidas, quando existem, na presença do defensor apenas, e não também do adolescente. Impressionou os pesquisadores o baixo número de testemunhas de defesa presentes nos procedimentos de apuração do ato infracional. Terceiro. A participação da Defesa Técnica, especialmente por intermédio da Defensoria Pública, é inexpressiva. Quarto. A atuação conjunta Juiz, Ministério Público, Defensor Público confere à audiência a aparência de “junta administrativa” e não de protagonistas de um procedimento contraditório. Quinto. A privação cautelar é a regra nos casos de atos infracionais

---

<sup>7</sup> MINAHIM, op. cit., p. 26.

<sup>8</sup> MINAHIM, ibidem, p. 50 e segs.

<sup>9</sup> Tal constatação é corroborada inclusive pelo cinema, no documentário RAMOS, Maria, *Juízo*, Rio de Janeiro, 2008. Na película, uma das cenas mais impactantes é quando a Juíza da 2.<sup>a</sup> Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, da sala de audiências manda, por várias vezes, entrar o próximo adolescente.

graves, enquanto que para adultos não há prisões processuais obrigatórias que decorram de forma automática de um crime grave pretensamente cometido. Sexto. Os adolescentes muitas vezes são ouvidos pelo Ministério Público sem assistência de advogado ou sequer parentes. Neste caso, evidentemente, se o adolescente comparece acompanhado de advogado, será franqueado pelo Promotor de Justiça a participação do defensor. Estima-se, porém, que em mais de 90% dos casos os adolescentes infratores são juridicamente pobres e, portanto, devem ser defendidos pela Defensoria Pública. As duas instituições Ministério Público e Defensoria Pública, muitas vezes para acomodar posições e não ferir susceptibilidades, empecem os direitos fundamentais do adolescente.

Frisa-se aqui que as seis conclusões acima resenhadas são frutos de pesquisa criteriosa, conduzida por grupo de pesquisadores gabaritados, realizada sob a encomenda do Ministério da Justiça, com o patrocínio da ONU e a execução da Universidade Federal da Bahia, realizada nos estados de São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Bahia, Paraná e Rio Grande do Sul, portanto, extremamente representativa da forma como conduzido o procedimento de apuração do ato infracional em todo o Brasil. No Distrito Federal, a situação refletida na pesquisa encontra perfeita ressonância, assim como a que seja talvez a principal conclusão desta. Segundo a investigação, em todo o Brasil a medida socioeducativa de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal. Em muitos casos sem a devida consideração dos próprios requisitos legais insculpidos no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nas palavras dos pesquisadores: “O ECA, sem dúvida, representa um grande avanço neste caminho, mas muito ainda deve ser feito, no plano legal para superação da ideologia da internação protetora e supridora de necessidades não atendidas pelo Estado. A explicitação dos direitos e garantias dos adolescentes e seu rígido cumprimento permitirão, em algum tempo, a construção de doutrina sólida e consistente na área, evitando formulações de urgência e díspares. Ou seja, não deve o Estado se satisfazer com um sistema parcialmente garantidor, o que produz efeito mais simbólico do que efetivo.”<sup>10</sup>

Com relação ainda ao Distrito Federal, a pesquisa da colega Selma Sauerbronn de Souza valeu-se de instrumentos metodológicos quantitativos e qualitativos para perquirir acerca da permanência, no âmbito das decisões judiciais tomadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim como membros do Ministério Público e da Defensoria Pública que atuam junto àquele tribunal, de paradigmas reveladores da doutrina da situação irregular, supostamente revogada com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A colega conclui a sua investigação afirmando que apesar de terem sido formalmente abraçadas pelo Brasil, normatizadas na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, as diretrizes do paradigma da proteção integral não tiveram repercussão simétrica nas práticas dos autores que atuam nessa área, apontando a autora contradições entre o discurso e a ação. A hipótese aventada pela pesquisa de permanência do paradigma da situação irregular no segundo grau de jurisdição no Distrito Federal foi confirmada, denotando, também nessa instância judicial um agir discricionário<sup>11</sup>. O principal instrumento metodológico utilizado, no “campo

---

<sup>10</sup> MINAHIM, op. cit., p. 62.

<sup>11</sup> SOUZA, Selma Leite N. S., op. cit., p. 139.

de análise qualitativa e quantitativa”, identificou um *corpus* ou “dispositivo capaz de revelar o objeto discursivo”, que permitiu levar em consideração as “unidades de comparação, locuções ou palavras identificadas nas decisões” judiciais. Assim analisando, a pesquisa revelou a disputa entre o paradigma garantista e o da situação irregular e a indesejável supervivência do último até os dias de hoje<sup>12</sup>.

### TÓPICOS DA LEI QUE DEVEM SER URGENTEMENTE MUDADOS

Neste apartado, já convencidos cientificamente das amplas margens de discricionariedade facultadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao operador, no que pertine ao procedimento de apuração do ato infracional cometido pelo adolescente, vamos nos dedicar àqueles tópicos da lei que necessitam urgente reforma no sentido de restringir tal arbítrio. Insistimos em que esta reforma pode ser realizada de duas maneiras. Uma primeira, com a revogação completa da parte infracional do Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovando-se uma Lei de Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil, nos moldes do que fazem a maior parte dos países de tradição jurídica semelhante à nossa. Outra maneira seria a reforma dos dispositivos pertinentes da Lei, para a inserção no Estatuto da Criança e do Adolescente de uma capítulo denominado “Da responsabilidade penal do adolescente”<sup>13</sup>. O fato da Lei não haver afirmado categoricamente –apesar de estabelecido no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente ser o “*ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção*”–, que a responsabilidade exigida do adolescente é penal, pode ter passado a ideia de que a legislação não o responsabiliza adequadamente.

A questão acerca do nome dos institutos pode parecer banal, mas não é, já que sempre que nominamos algo erradamente induzimos alguém a equívocos. É o caso de *medida socioeducativa*. Somos adeptos de denominá-la o que ela é ontologicamente –e os internos das instituições o sabem bem–: *pena juvenil*, como o fizeram diversas legislações iberoamericanas posteriores a nossa. Não por uma alienação sobre o real funcionamento do sistema de justiça penal, mas por entender que a pena aplicada ao jovem, especialmente a de internação, tem a natureza jurídica de sanção estatal privativa de liberdade<sup>14</sup>. É imposta pelo Estado, de forma coercitiva, após um processo em que devem existir todas as garantias, verificada a materialidade e a autoria do delito, por sentença judicial. Parece evidente que está presente uma atribuição de responsabilidade ao adolescente, que só pode ser chamada de penal<sup>15</sup>, pois o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente por seu artigo 103 faz menção ao Código Penal para estabelecer o rol de condutas vedadas. Quanto ao conteúdo dessa medida, evidentemente deve ser diferente daquela aplicada ao adulto e aí reside a grande diferença da

---

<sup>12</sup> Ibidem, pp. 104 e segs.

<sup>13</sup> Parte das ideias aqui expostas foram publicadas em ANDRADE, Anderson P., “Como são punidos os adolescentes”, in CRUZ, Rogério Schietti (Org.), *Justiça Criminal – uma explicação simples*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 77/86.

<sup>14</sup> Como já afirmara o nosso colega de Ministério Público KONZEN, Afonso Armando, *Pertinência Socioeducativa – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

<sup>15</sup> Acerca do tratamento da culpabilidade do adolescente pela dogmática penal, o já citado SPOSATO, Karyna Batista, *Direito Penal de Adolescentes*, São Paulo, Saraiva, 2013 e MÁRQUEZ, Beatriz Cruz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madri, Marcial Pons, 2006.

pena do adulto para a pena do adolescente: esta deve ter um conteúdo pedagógico, socioeducativo, muito mais intenso. Necessário também modificar o *nomen juris* de todos os institutos que sofreram a “eufemização”: crime em lugar de *ato infracional*; interrogatório em lugar de *apresentação*; denúncia em lugar de *representação*; prisão em lugar de *apreensão* etc.

Outra modificação fundamental no capítulo do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da responsabilidade penal juvenil é aquela que deve prever que o Juiz da Infância e Juventude fixe em sua sentença o tempo exato de cumprimento da medida socioeducativa. Hoje o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada a cada 6 meses, mediante decisão do Juiz. Essa indeterminação cria no adolescente submetido à medida a terrível sensação de ignorância quanto ao tempo em que estará privado de liberdade, e sobre o quê deverá fazer para livrar-se dessa privação, além de dificultar enormemente o trabalho dos técnicos e funcionários que têm que lidar diuturnamente com esse jovem, com dificuldades em preparar-se para sair da internação, pois não sabe quanto tempo durará. Ademais, no que se refere ao âmbito jurídico, fere de gravidade o princípio da proporcionalidade aplicar-se a um adolescente que comete seguidos furtos e a outro que comete um homicídio a mesma punição de privação de liberdade por até três anos. Outro problema também bastante sério, objeto de grande matéria jornalística recente no jornal Folha de São Paulo, é a falta de critério e razoabilidade nos relatórios psicossociais produzidos pelas unidades de internação que, num período temporal deveras curto, cambiam radicalmente de apreciação acerca do aproveitamento do adolescente no cumprimento da medida.<sup>16</sup>

Uma reforma do procedimento de apuração do ato infracional deve buscar também aumentar o tempo de internação cautelar do adolescente. Reconhece-se o avanço que representou o estabelecimento pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de um marco temporal para a privação de liberdade do adolescente antes da sentença de mérito. Porém, quem opera o procedimento de apuração do ato infracional sabe que o prazo de quarenta e cinco dias muitas vezes é insuficiente para a apuração da autoria e materialidade do ato infracional, exigida para a imposição de uma medida socioeducativa, especialmente as privativas de liberdade. Em muitas unidades da Federação, especialmente no interior, esse prazo não tem sido observado pelo Poder Judiciário. Assim, a proposta deve contemplar o aumento do prazo de internação cautelar para sessenta dias, prazo razoável e não muito distinto do anterior. Além disso, uma nova Lei de Responsabilidade Penal do Adolescente ou a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente deve contemplar outras inúmeras modalidades de restrições cautelares de direitos que não envolvam a privação de liberdade, como alternativas a esta.

Também na linha de outras diversas legislações iberoamericanas, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade –atendendo-se também o princípio constitucional da brevidade da medida privativa

---

<sup>16</sup> TUROLLO JR., Reynaldo, *Em SP, jovem infrator passa de ‘empático’ a ‘imatur’ em 1 mês*, Folha de São Paulo, Cotidiano, fls, B1/B3, 22.07.2015.

de liberdade–, aumentando-se o tempo de cumprimento da medida socioeducativa naqueles delitos mais graves, equiparados a crimes hediondos. Em nosso ponto de vista, a proposta deve contemplar diversas fases etárias, v. g., 12 a 14 anos, 14 a 16 anos e 16 a 17 anos, para as quais, em caso de cometimento de delitos graves, possa ser aplicada uma pena juvenil majorada, até no máximo oito anos para este último grupo etário, a ser cumprida em estabelecimento específico para jovens adultos e sempre sob a supervisão da execução pelo Juiz da Infância e da Juventude<sup>17</sup>. A Lei ou a reforma também poderão estipular os limites mínimos e máximos dentre os quais o juiz deverá fixar, sempre em prazo exato, o cumprimento da pena do adolescente.

Outro ponto que deve merecer toda a atenção para a sua reformulação é a remissão dos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em minha opinião, um dos maiores erros da Lei foi normatizar o instituto como fez, a começar pelo próprio nome, que já tinha no Direito Penal brasileiro a conotação de *perdão*, o que a remissão, especialmente com a aplicação de medida socioeducativa, definitivamente não é. Como afirma Saraiva em sua obra, a remissão foi mal traduzida das Regras de Beijing<sup>18</sup>. Assim, o nome do instituto deveria ser mudado para *desistência do processo*. Deveria ainda ser condicionada a aplicação da desistência do processo à confissão do adolescente, na presença de um advogado, e a aplicação da desistência deveria ser restrita aos delitos praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Hoje, muitas vezes nos deparamos com folhas de passagens infracionais de adolescentes que já receberam uma, duas, três, às vezes dez remissões, o que é, evidentemente, uma distorção da utilização do instituto. Além disso, a Lei não impede a concessão de remissão para delitos graves, havendo casos excepcionais reportados de remissão concedida até em homicídios. Por outro lado, apesar da oposição de todos os setores da doutrina, em muitos rincões do país ainda se aplica a internação-sanção do artigo 122, III do Estatuto da Criança e do Adolescente nos casos de descumprimento injustificado e reiterado de medida socioeducativa aplicada no âmbito de remissão. Porém, como aplicar a privação da liberdade como sanção ao descumprimento de uma sentença meramente homologatória, oriunda de um processo onde não houve cognição plena? Outro problema seríssimo da remissão é a ausência, muitas vezes, de advogado no momento da oitiva pelo Promotor de Justiça. Como a Lei não previu expressamente essa necessidade, muitas vezes ela é olvidada. Portanto, deve haver previsão expressa. Como dito, e nos moldes da transação penal, deveria ser impedida a aplicação de uma segunda desistência do processo em um prazo razoável (3 anos?). Finalmente, deveria ser obrigatória a realização de estudo psicossocial do adolescente e o seu entorno familiar, escolar e comunitário, em todos os casos, antes da aplicação da remissão.

É extremamente necessário, para que se sinalize definitivamente o rompimento com o paradigma da situação irregular, a supressão no artigo 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente da

---

<sup>17</sup> Já há algumas propostas em tramitação no Congresso Nacional que contemplam essa abordagem, entre as quais uma elaborada pelo colega Paulo Afonso Garrido de Paula e outra mais recente referendada pelo PROINFÂNCIA, o Grupo Nacional de Promotores de Justiça da Infância e da Juventude.

<sup>18</sup> SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.



possibilidade de internação cautelar do adolescente “para garantia de sua segurança pessoal”. Para a garantia da segurança pessoal do adolescente existem a família, a comunidade e a escola. Se estes falharem ou não estiverem em condições de garantir essa segurança, o Estado dispõe de programas como o PPCAAM<sup>19</sup> que busca, mesmo precariamente e com todas as dificuldades garantir a segurança de adolescente ameaçados. Como sabemos, o objetivo da medida cautelar é garantir a segurança da instrução processual e não do imputado.

No que se refere à oitiva informal do artigo 179, é necessário modificar esse trâmite processual, “formalizando-o”, por assim dizer, especialmente pela exigência da presença de advogado ou defensor público toda vez que houver essa audiência com o promotor de justiça, assim como está proposto com relação à oitiva para decisão acerca da desistência do processo (antiga remissão). Também é necessário introduzir na reforma dispositivos que obriguem a polícia a investigar o ato infracional, pois ela quase sempre se limita a registrar o boletim de ocorrência e enviar ao promotor (apesar do disposto no artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de aplicar-se subsidiariamente a legislação pertinente, no caso a processual penal). Fundamental também é garantir ao adolescente imputado a assistência da família e de advogado desde a delegacia de polícia.

## CONCLUSÕES

O pressuposto da presente tese é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, não obstante os seus inúmeros logros, falhou no que se refere à ressocialização e à responsabilização do adolescente pelo cometimento do ato infracional. A ausência de cabal implementação da Lei nº 8.069 com relação à execução das medidas socioeducativas é inegável; porém, um quarto de século é tempo suficiente para aquilatar a eficácia de um diploma legal. Além do que, como reputamos ter restado provado no presente trabalho, a Lei como elaborada e aplicada deixa margens desmedidas de discricionariedade nas mãos dos aplicadores, sejam Juiz, Ministério Público ou Defensor, indicando a necessidade de sua atualização e submissão aos princípios e garantias constitucionais.

Busca-se aqui basicamente introduzir dispositivos que tornem o procedimento de apuração do ato infracional, por um lado, menos discricionário, estreitando as largas margens de atuação deixadas nas mãos dos operadores, como por outro, responsabilizar o adolescente de forma mais intensa, proporcionalmente à gravidade dos delitos por ele cometidos e em sintonia com a sua progressiva aquisição de autonomia. Resumidamente, propomos: 1. Aprovar uma Lei de Responsabilidade Penal do Adolescente ou introduzir um capítulo no Estatuto da Criança e do Adolescente denominado “Da responsabilidade penal do adolescente”, mantendo todas as garantias materiais e formais hoje presentes na Lei e ampliando-as. 2. Acabar com o fenômeno da “eufemização” promovida pelo

---

<sup>19</sup> Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte, instituído pelo Decreto n.º 6.231, de 11 de outubro de 2007.

Estatuto da Criança e do Adolescente, dando aos institutos jurídicos o nome que apresentam na dogmática penal. 3. O Juiz da Infância e da Juventude deve fixar na sentença o tempo exato de cumprimento da pena. 4. Deve-se aumentar o prazo de internação cautelar do adolescente; nossa sugestão é de sessenta dias de prazo, e devem ser estabelecidas outras medidas cautelares restritivas de direitos como alternativas à privação de liberdade. 5. Devem ser estabelecidas faixas etárias e assinadas penas ao adolescente de acordo com essas faixas e proporcionalmente à gravidade dos delitos cometidos, sempre com a fixação certa da duração da pena e pelo prazo máximo de oito anos na faixa etária mais avançada e nos delitos hediondos. 6. O instituto da remissão deve ter o seu nome modificado para desistência do processo. A presença de advogado passará a ser obrigatória nesse trâmite de exercício do princípio da oportunidade pelo Promotor de Justiça. A remissão deverá ser limitada e aplicada apenas aos delitos cometidos sem violência ou ameaça contra a pessoa. 7. Fica abolida a internação cautelar do adolescente para a garantia de sua segurança pessoal. 8. A presença de advogado para o adolescente será necessária em todos os trâmites processuais e pré-processuais, perante o Ministério Público e desde a delegacia de polícia.

## BIBLIOGRAFIA

**ANDRADE**, Anderson P., “Como são punidos os adolescentes”, in **CRUZ**, Rogério Schietti (Org.), *Justiça Criminal – uma explicação simples*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 77/86.

**FERRAJOLI**, Luigi, *Derecho y Razón*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Madri, Trotta, 1995.

**FRASSETO**, Flávio Américo, «Ato infracional, medida sócioeducativa e processo - a nova jurisprudência do STJ», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 33, janeiro-março de 2001.

**KONZEN**, Afonso Armando, *Pertinência Socioeducativa – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

**MÁRQUEZ**, Beatriz Cruz, *Educación y prevención general em el derecho penal de menores*, Madri, Marcial Pons, 2006.

**MINAHIM**, Maria Auxiliadora (Coord.), *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. Série Pensando o Direito, n. 26/2010, Brasília, Ministério da Justiça-UFBA- Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

**RAMOS**, Maria (Dir.), *Juízo*, Rio de Janeiro, 2008 (documentário cinematográfico).

**SARAIVA**, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, 4.<sup>a</sup> ed.

**SHEICARA**, Sérgio Salomão, *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

**SOUZA**, Selma Leite N. S., *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da Justiça do Distrito Federal*, dissertação de Mestrado, Brasília, Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, 2014.

**SPOSATO**, Karyna Batista, *Direito Penal de Adolescentes*, São Paulo, Saraiva, 2013.

**TUROLLO JR.**, Reynaldo, *Em SP, jovem infrator passa de 'empático' a 'imaturo' em 1 mês*, Folha de São Paulo, Cotidiano, fls, B1/B3, 22.07.2015.

# ***A REPARAÇÃO MÍNIMA EM FAVOR DA VÍTIMA DE CRIMES VIOLENTOS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ERA DIGITAL***

*PATRICIA PIMENTEL CHAMBERS RAMOS*

Enunciado 1: o Ministério Público, como titular da Ação Penal Pública, tem legitimidade para solicitar na denúncia criminal o pedido de reparação mínima dos danos causados pelo delito, garantindo o contraditório e ampla defesa para fins de aplicação do art. 387, Inciso IV do Código de Processo Penal. Enunciado 2: a condenação criminal do autor do delito quanto à reparação mínima dos danos causados pelo delito, na forma do art. 91, Inciso I do Código Penal e art. 387, Inciso IV do Código de Processo Penal, é relevante para fins de aplicabilidade do art. 29, Parágrafo 1º, aliena “a” da lei 7210/1984 (LEP), que dispõe sobre o trabalho do preso para pagamento da indenização pelos danos causados pelo crime. Enunciado 3: o sofrimento causado por um crime violento enseja a condenação do autor do delito em danos morais. Enunciado 4: o Juiz, ao proferir sentença condenatória, deve fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime, na forma do art. 387, Inciso IV do Código de Processo Penal, após ampla defesa e contraditório, havendo a possibilidade da condenação do autor do delito em danos morais causados por crimes violentos, desde que seja um valor baixo e haja pedido expresse nesse sentido.

## **TÍTULO: A REPARAÇÃO MÍNIMA EM FAVOR DA VÍTIMA DE CRIMES VIOLENTOS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ERA DIGITAL**

**AUTOR:** Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos  
Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro

### **SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO**

A proteção da vítima de crimes violentos encontra amparo no direito internacional e no nacional. A Resolução 40/34 da ONU de 1985, a Constituição Federal no artigo 5º XLV e seu parágrafo 2º, bem como no art. 245 garantem a reparação do dano causado pelo delito. De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80 da Comunidade Europeia, a indenização deve ser assegurada primordialmente quando da ocorrência de um crime doloso e violento. A reparação do dano causado pelo crime está prevista no art. 91, inciso I do Código Penal. A indenização mínima deve constar da sentença criminal na forma do art. 387, IV do CPP. O trabalho do preso tem como uma das finalidades atender à indenização dos danos causados pelo crime, na forma do art. 29 da LEP. O Ministério Público, como titular da ação penal pública, na forma do art. 129 da Constituição Federal, tem legitimidade para incluir na denúncia o pedido de condenação do autor do delito na indenização mínima prevista no art. 387, inciso IV, garantindo a isenção da vítima no processo penal.

### **FUNDAMENTAÇÃO/JUSTIFICATIVA**

A reflexão a respeito da posição da vítima no âmbito da persecução penal está, inegavelmente, entre as questões mais importantes e atuais do cenário do direito nacional e internacional. A vítima vem resgatando sua importância no âmbito do conflito penal, voltando a ocupar um papel de protagonismo que lhe pertenceu no passado<sup>1</sup>.

Os altos índices de criminalidade violenta em nosso país nos trazem o questionamento sobre o que vem sendo feito e o que pode mudar a fim de que seja efetivamente assegurado no Brasil o direito à vida, à liberdade de ir e vir, e à integridade física e sexual.

Conforme disserta SOUZA<sup>2</sup>, o Direito Penal é o mais intenso mecanismo de controle social formal, por intermédio do qual o Estado, através do seu sistema normativo, impõe sanções negativas de particular gravidade às condutas desviadas mais nocivas para a convivência, objetivando, desse modo, “a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo”.

Assim, os bens jurídicos mais caros a uma sociedade são tutelados pelo Direito Penal<sup>3</sup>. Os direitos à vida, à liberdade e à integridade física e sexual são reconhecidos dentro de um Estado Democrático de Direito, que deve garantir a seus cidadãos uma existência digna, com respeito e liberdade.

Afinal, o direito à vida, à liberdade, à integridade física e sexual, microcosmos dentro do direito à segurança, são, ao mesmo tempo, direitos fundamentais, eis que assegurados na nossa Constituição, e direitos humanos, na perspectiva do Direito Internacional. Daremos prioridade ao termo “direitos humanos” em razão da universalidade desses direitos, atribuídos a qualquer indivíduo, que têm como único requisito de aplicabilidade a condição humana.

Num Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado. O direito penal, a segurança pública e os organismos de repressão da criminalidade também são garantidores dos direitos humanos. Afinal, a vítima de um crime de estupro, de uma tentativa de homicídio, de uma lesão corporal de natureza grave, desfigurando o seu rosto, teve seus direitos humanos gravemente violados, e é dever do Estado garantir a proteção à integridade física e sexual de seus concidadãos.

<sup>1</sup> FRADE, Edison Vladimir de Almeida. Os Direitos da Vítima da Criminalidade. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071 acessada em 28/08/2015, p. 9.

<sup>2</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Curso de Direito Penal: Parte Geral/Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.3.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal. Livraria do Advogado. 2013

Considerando os direitos humanos como um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e dignidade<sup>4</sup>, o direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pelo zelo às garantias dos acusados (devido processo penal, presunção de inocência, ...), tem sua face punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos<sup>5</sup>.

Importante frisar que, sendo fundamentais para a existência humana, os direitos à vida e à segurança pessoal justificaram a própria criação do Estado e o monopólio do uso da força por parte deste. Cabe ao Estado restaurar a ordem jurídica violada, impedindo que a sociedade faça justiça “por suas próprias mãos”. O homem se libertou da barbárie ao entregar ao Estado o direito de punir aquele que praticou um crime, impedindo que a sociedade ou a vítima busque a compensação e reparação da ordem jurídica violada por seus próprios meios.

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput). No art. 5º, inciso XLV, estipula que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O art. 245 da Constituição Federal estabelece: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.”

Por sua vez, a Carta Magna menciona a importância dos tratados internacionais, dispondo, no art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesta era digital, as informações são compartilhadas de forma mais dinâmica e qualquer cidadão tem acesso ao direito internacional e à troca de experiências com outros países. Não somente o direito interage, como os profissionais dos diversos países se tornam mais próximos, e novas idéias nos permitem uma releitura da legislação nacional. Temas antigos como violência são revisitados à luz dos direitos humanos num intercâmbio facilitado pela era digital.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, sob o reflexo da indignação da comunidade internacional com as violações a direitos básicos do ser humano cometidas durante a Guerra foi o grande marco para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Quanto ao reconhecimento do direito à segurança já existisse muito antes da Declaração dos Direitos do Homem, tendo sido fundamento para a própria criação dos Estados e organização da sociedade, a proteção contra a violência ganhou uma nova feição quando passou a constar expressamente desta Declaração, pois traz uma nova abordagem em relação ao tratamento dado à vítima.

Insta ressaltar que os direitos humanos são os direitos inalienáveis assegurados a qualquer pessoa humana pelo simples fato de existir, assegurados à pessoa humana tendo em vista a sua mera condição humana<sup>6</sup>, celebrados pelo consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade. Trata-se de uma categoria de direitos que se renova historicamente, consubstanciada em valores essenciais ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Devem ser garantidos a todos os seres humanos, como condição inata à sua existência, de modo não apenas formal, mas concreta e materialmente.

Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>7</sup> “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez.” E exemplifica:

*“A liberdade de religião é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego (...) Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimento ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”*

<sup>4</sup> RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.19.

<sup>5</sup> RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)> acessado em 31/08/2015.

<sup>6</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed., 2007, pág. 38.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3ª reimpressão, pág. 25.

Trata-se de consenso internacional que a pessoa humana deve estar protegida contra a violência. A violência é algo abominável e os Estados devem enviair todos os seus esforços na proteção da integridade das pessoas, protegendo o seu direito de existir e de viver em segurança.

Neste sentido, conforme leciona Lenio Streck<sup>8</sup>, a Constituição determina – explicita ou implicitamente – que a proteção dos direitos humanos deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão *frente ao Estado*; por outro, protege-o *através do Estado* – e, inclusive, por meio do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos humanos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos. Afirma o referido autor:

“Quero dizer com isso *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (Drindl, Canotilho, Vital Moreira, Sarlet, Streck, Bolzan de Moraes e Stern) ou outra expressão dessa mesma idéia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado*. Insisto: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: ***não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais*** (art. 5º, *caput*, da Constituição do Brasil).”

A proteção da vítima no âmbito da Organização das Nações Unidas ganhou força a partir da década de 70, com o surgimento da vitimologia, a qual encontrou acolhida em diversos países, despontando movimentos organizados por defensores dos direitos das vítimas cujo objeto de preocupação era o vitimado como sujeito de direito. Diversos congressos e simpósios internacionais foram promovidos, sendo constante a atenção no que diz respeito a indenização às vítimas de crimes, bem como debatidos temas relacionados à assistência a esses vitimados e no que concerne aos seus direitos – mediação, compensação e reparação. Em meio a essa movimentação, culminou o surgimento da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder, um dos diplomas de maior importância devido a sua abrangência universal. A Declaração foi resultado das deliberações do 7º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquent, realizada em Milão, Itália, de 26 de agosto a 06 de setembro de 1985. Em 29 de novembro do mesmo ano, através da Resolução 40/34, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou o texto recomendado pelo Congresso, estimulando os Estados membros a adotarem uma série de providências, dentre as quais, a revisão das respectivas legislações.

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução 40/34 da Assembléia Geral da ONU), de 1985, traz a definição de vítima e reconhece a necessidade de adoção de medidas, tanto a nível nacional como internacional, para garantir o reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder, elencando uma série de ações a serem adotadas pelos Estados Parte, dentre as quais a adoção de medidas nas áreas de assistência social, saúde, educação e reparação pelos danos sofridos.

A Declaração em tela é um instrumento internacional de abrangência mundial, porquanto aderida por todos os países membros da ONU, que oferece orientações a estes Estados sobre a questão da proteção e reparação às vítimas da criminalidade e do abuso de poder. O diploma foi arrojado, pois redimensionou a figura da vítima do delito, consolidando um lugar de realce na política criminal e induzindo a aplicação destes princípios nas legislações internas dos países membros, não apenas assegurando o direito a uma devida indenização, mas, também, conforme se depreende da redação da resolução das Nações Unidas, dando azo a possibilidade de ostentar uma nova alocação no cenário do processo penal de forma mais atuante.

Reafirmando seu posicionamento, a Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 2005, adotou a Resolução 60/1479 – Princípios e Diretrizes Básicos sobre os Direitos das Vítimas de Violações das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparções –, sendo este um dos mais recentes diplomas a acentuar a importância da salvaguarda dos direitos e interesses dos ofendidos, indo para além da problemática das vítimas de crimes.

Acompanhando os acontecimentos mundiais, a partir da década de 70, a problemática da vítima também passou a chamar a atenção do Conselho da Europa, o qual se mostrou atento às questões das vítimas de práticas de crimes, elaborando diversos documentos nesse sentido, tendo como principal objetivo harmonizar os direitos nacionais internos dos Estados membros do Conselho.

De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80/CE a indenização deve ser assegurada quando da ocorrência de um crime doloso e violento. Tendo em vista a necessidade de estabelecer normas mínimas aplicáveis a todos os Estados-Membros, a Diretiva excluiu os crimes culposos e os crimes dolosos que provocam

<sup>8</sup> STRECK, LENIO LUIZ. O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO (*SCHUTZPFLICHT*): O LADO ESQUECIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU “QUAL A SEMELHANÇA ENTRE OS CRIMES DE FURTO PRIVILEGIADO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES”? no site [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) acessado em 20/01/2010.

apenas danos materiais<sup>9</sup>. O artigo em tela permite ainda que o requerente possa apresentar seu pedido de indenização no Estado-Membro onde tem sua residência habitual, em não apenas naquele onde foi vitimizado. A Diretiva adotou o princípio da territorialidade, estabelecendo que a responsabilidade pelo pagamento da indenização estatal é inequivocamente atribuída ao Estado-Membro em cujo território o crime foi praticado<sup>10</sup>.

É clara e evidente a preocupação da Organização das Nações Unidas e do Conselho da Europa, bem como dos demais órgãos da União Europeia, para com a tutela das vítimas de crimes e também quanto à eficácia das medidas compensatórias, comprovando a preocupação da comunidade internacional com a temática ora em análise.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (“*Pacto de San Jose da Costa Rica*”), elenca os direitos à vida (art. 4º, itens 1 a 6), à liberdade e à segurança (art. 7º, itens 1 a 6). O art. 1.1 assinala a obrigação dos Estados membros garantirem os direitos humanos, punindo os autores de violações, sendo que os artigos 8º e 25 asseguram o direito da vítima e de seus parentes ao devido processo legal, ao acesso à justiça e à proteção judicial.

O Estado Brasileiro foi condenado, no ano de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA por negligência e omissão no caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que, por duas vezes, foi vítima de tentativa de homicídio pelo marido, além de agressões que a deixaram paraplégica<sup>11</sup>, sem uma resposta efetiva do Estado.

Foi ressaltado no relatório da Comissão Interamericana o dever do Estado Brasileiro garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o direito à segurança:

“O Estado está obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. **Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção.** (...) A segunda obrigação dos Estados Partes é ‘garantir’ o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”<sup>12</sup>

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará) trouxeram um olhar diferenciado para os direitos humanos das vítimas (mulheres), contribuindo para a aprovação da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (em homenagem à vítima Maria da Penha). Referida lei trouxe mecanismos para proporcionar um melhor atendimento das vítimas mulheres na rede pública, afastar o agressor, restringir medidas despenalizantes, especializar órgãos jurisdicionais e de proteção, além de contribuir para uma divulgação na mídia dos direitos humanos das vítimas (mulheres).

O direito internacional dos direitos humanos faz menção à necessidade de prevenir as violações e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas. Vislumbra-se que o direito internacional dos direitos humanos possui mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos, além da obrigação de reparar as vítimas<sup>13</sup>. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, estabelece, em seu art. 8º, que toda pessoa vítima de violação tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação. Note-se que o Estado tem o dever de proteger os direitos humanos de forma negativa (ao não violá-los) e de forma positiva (no sentido de impedir que os particulares violem os direitos humanos dos

<sup>9</sup> FRADE, Edison Vlademir de Almeida. Os Direitos da Vítima de Criminalidade. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <[www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071](http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071)>

<sup>10</sup> Diretiva 2004/80/CE do Conselho Relativa à Indenização das Vítimas de Criminalidade p. 2. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0015:0018:PT:PDF>> acesso em 28/07/2015.

<sup>11</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA. Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Vide comentários em Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, Violência Doméstica, p. 189 e Flávia Piovesan em Temas de Direitos Humanos, p. 230.

<sup>12</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001, parágrafos 42 a 44. Disponível em: <[HTTP://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm)> *apud* Flávia Piovesan Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª Ed., p. 230.

<sup>13</sup> RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)> acessado em 31/08/2015.



demais). Nesse sentido, o Estado pode ser condenado pela proteção insuficiente aos direitos humanos ao não conseguir punir com eficiência um crime praticado por particulares que viole os direitos humanos de terceiros<sup>14</sup>.

Sem dúvida, os diplomas explicitados difundem a importância do papel da vítima na obtenção de justiça e de seus direitos de participação, proteção e reparação, não apenas no âmbito internacional, mas também no plano interno dos Estados membros das respectivas organizações.

Essa tendência mundial de reavaliação do vitimado, demonstrada pelos diversos diplomas explicitados, revela-se como estímulo às diversas nações para refletirem sobre os sistemas legislativos vigentes, incluindo cada vez mais a proteção da vítima no âmbito do direito criminal.

O Código Penal dispõe que são efeitos da condenação **tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime** (art. 91, inciso I). Dispõe ainda que a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis (art. 9º, I). Por sua vez, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (art. 16). Por sua vez, a reparação do dano é circunstância atenuante prevista no art. 65 III, “b” e condição, nem sempre obrigatória, para a suspensão do processo ou da pena (art. 78) e do livramento condicional (art. 83, inciso IV). Nos crimes praticados contra a administração pública, a reparação do dano é condição para a progressão de regime (art. 33, §4º) e motivo de extinção da punibilidade no peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou causa para redução pela metade da pena imposta quando já tiver ocorrido o trânsito em julgado (art. 312, §3º).

Assim, verifica-se que o Direito Penal prevê medidas que revelam preocupação com a vítima, consistentes em estimular a reparação do dano como forma de obtenção de benefícios legais, tais como o *sursis* (CP, art. 78 § 2º), o livramento condicional (CP, art. 83, IV), a reabilitação criminal (CP, art. 94, III) ou a diminuição da pena (CP, art. 16).

Ainda podem ser assinaladas outras inovações legislativas ocorridas no Brasil, que revelam influência da vitimologia: a Lei n. 9.249/95, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; a Lei n. 9.503/97 (alterada pela Lei n. 9.602/98) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória; a Lei n. 9.605/98, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano; a Lei n. 9.714/98, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária; a Lei n. 9.807/99, que criou o Sistema Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas, regulamentada pelo Decreto n. 3.518, de 20 de julho de 2000; a Lei 11.690/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal; a Lei 11.719/2008, que determinou seja fixada, na sentença criminal, o valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime.

O Código de Processo Penal, alterado pelas Leis 11.690/2008 e 11.719/2008, recebeu modificações para dar mais efetividade à resposta penal e proteção da vítima, com a previsão de indenização mínima em favor desta. Neste sentido, foram relevantes as alterações dos artigos 155, 201 e art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal também ressalta que o trabalho do preso deve visar ao pagamento da reparação dos danos causados pelo delito (art. 29 da LEP).

O Estado Brasileiro, ao incluir na legislação penal e processual penal a obrigação de constar da sentença criminal o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, trata a questão como de ordem pública e não de caráter privado ou particular. O interesse na reparação dos danos é de toda a sociedade e não somente da vítima. Dessa forma, não faz sentido transferir a questão para o Juízo Cível, uma vez que é necessário constar da sentença penal condenatória para fins de execução da pena.

Assim, nesta nova leitura da legislação, verifica-se, pela interpretação sistemática dos artigos 91, I do CP e art. 29 da LEP, que o art. 387 do CPP dá exequibilidade a deveres já expressamente previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, a fim de que o dever de indenizar conste expressamente da sentença criminal, com vistas a sua correta aplicação na EXECUÇÃO da pena.

Registre-se que a vítima poderá solicitar a execução ou complementação da indenização no juízo cível (art. 63 do CPP), mas já estará resguardado o seu direito no âmbito criminal.

Não é razoável que as vítimas tenham que procurar o Juízo Civil e terminem não sendo indenizadas em razão da prisão e miserabilidade dos agentes criminosos, pois o Estado tem o dever de oferecer trabalho no sistema prisional exatamente com a finalidade descrita na Lei de Execução Penal de ressarcimento dos danos causados pelo delito.

O condenado, assim, está obrigado a trabalhar para indenizar a vítima dos danos sofridos. Conquanto seja disponível para a vítima (que poderá ou não promover a execução no juízo cível, além de promover a liquidação para apuração dos danos efetivamente sofridos, majorando o valor do ressarcimento), é

<sup>14</sup> Importante mencionar o caso Villagrán Morales y otros (caso dos meninos de rua), no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos. Ficou demonstrada grave violação ao dever de investigar e punir, incluso no dever genérico de garantia de direitos humanos presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. E o caso Maria da Penha Maia Fernandes, no qual o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana por violação de direitos humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal contra o acusado, em prazo razoável, de violência por ele praticada.

A REPARAÇÃO MÍNIMA EM FAVOR DA VÍTIMA DE CRIMES VIOLENTOS E A  
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ERA DIGITAL

um dever do Estado exigir do preso o seu trabalho para o pagamento da indenização. A indenização mínima tem que constar da sentença criminal, conforme norma expressa do art. 387 do Código de Processo Penal e tem um aspecto híbrido: é disponível para a vítima, que pode ou não exercer este direito, mas é indisponível sob a ótica do Estado, que tem o dever de exigir do preso o trabalho e a obrigação de fazer o depósito do numerário destinado ao pagamento dos danos devidos à vítima.

A legitimidade do Ministério Público para postular a aplicabilidade do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal e a consequente indenização da vítima está amparada pelo fato de que é o Ministério Público o titular da ação penal pública.

Ora, se o Ministério Público é o titular da ação penal pública, deve o mesmo zelar pela correta aplicabilidade da legislação penal, nesta incluída o art. 91, I do Código Penal e art. 387, IV do Código de Processo Penal. Em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório e do princípio da correlação, o ideal é que o pedido de indenização conste da denúncia oferecida pelo *Parquet*. O pedido de reparação dos danos causados pelo crime não interessa somente à vítima, mas à toda a sociedade. Trata-se de tema de ordem pública e não privada, uma vez que consta expressamente da legislação penal e processual penal, âmbito do direito do direito público.

Essa legitimidade vem amparada pelo art. 129 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Se a indenização deve constar da sentença criminal e a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, logo, o Ministério Público, ao deflagrar a ação penal, tem legitimidade para postular a correta aplicação da legislação penal, inclusive a postulação quanto à indenização, visto o interesse da sociedade na reparação dos danos causados pelo crime.

Importante frisar que o injusto penal não causa apenas um dano individual, mas um dano coletivo. Ainda que uma única pessoa tenha sido prejudicada pelo atuar criminoso, interessa a toda a sociedade a reprovação da conduta criminosa e que os danos sofridos sejam minimamente ressarcidos. E nesses danos mínimos não se pode ignorar os danos morais, ou seja, o grave sofrimento da vítima, pois esse é o tipo de dano que mais preocupa a sociedade. Note-se que os danos morais são danos visualizados de pronto, sem necessidade de dilação probatória extensa, visto que, em regra, a concordância e a satisfação da vítima com o fato descaracterizariam o delito.

Deste modo, é dever legal do Ministério Público zelar pelo cumprimento da escorreita aplicação da lei, sendo certo que ao requerer a condenação por danos morais, não está realizando uma cumulação de pedidos (um de natureza cível e outro para fins indenizatórios), mas sim, requerendo a aplicação de um dos efeitos da condenação penal (obrigação de indenizar o dano provocado pelo injusto penal) descrito em lei.

Sendo inquestionável que o Ministério Público possui legitimidade para perseguir, no curso do processo penal, os demais efeitos genéricos e específicos da condenação, forçoso reconhecer que o órgão ministerial também poderá, na ação penal pública, pleitear a indenização em favor do ofendido na própria denúncia<sup>15</sup>.

Cabe ao Ministério Público perseguir a reparação mínima à vítima, evitando, deste modo, que a vítima, ao requerer indenização transforme o processo penal em instrumento de vingança particular. Aliás, o interesse particular da vítima deve ser tutelado na esfera civil, enquanto na esfera criminal cabe ao Ministério Público zelar pela reparação mínima causada pelo delito.

Assim, é do interesse da sociedade que o Ministério Público persiga a reparação mínima do injusto penal, retornando-se ao estado anterior que fora indevidamente alterado pelo ato criminoso perpetrado, mas é preciso dar oportunidade de contraditório e ampla defesa, com pedido expresso na denúncia<sup>16</sup>.

Cediço que quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada primazia àquela que esteja em conformidade com a Constituição.

Por tanto, o art. 387, IV do Código de Processo Penal pode ser lido como dispositivo que impõe o dever da fixação do valor mínimo de indenização apenas pelos danos patrimoniais, ou, ainda, pela reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela vítima.

<sup>15</sup> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ESTUPRO. EXTORSÃO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA. DENÚNCIA.AUSÊNCIA DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. 1. Para que seja fixado, na sentença, o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima (art. 387, IV, do CP), necessário o pedido formal, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.2. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Processo AgRg 311784 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0098274-1. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento 05/08/2014. Data da Publicação 28/10/2014.)

<sup>16</sup> DIREITO PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DECORRENTES DE CRIME. Para que seja fixado na sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, é necessário pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. Precedentes citados: REsp 1.248.490-RS, Quinta Turma, DJe 21/5/2012; e Resp 1.185.542-RS, Quinta Turma, DJe de 16/5/2011. REsp 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/08/2013, DJe 27/8/2013. [INFORMATIVO 528 de 23 de outubro de 2013 – QUINTA TURMA]

Havendo mais de uma interpretação possível, questiona-se: qual é aquela que melhor se coaduna com a Constituição?

Consigne-se, de plano, que o enunciado normativo não estabeleceu qualquer restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor mínimo.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu 1º artigo dispõe que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil.

Sendo o dano moral uma cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não é difícil verificar que a interpretação que inclui a reparação do dano moral, aquele de natureza extrapatrimonial, encontra resguardo na Constituição Federal, que requer a proteção integral e completa da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, o artigo 3º, I da Magna Carta dispõe ser objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mencione-se, ademais, os deveres de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, sendo certo que ao não proteger suficientemente tais direitos, o Estado viola a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Assim sendo, como forma de proteção da vítima, a reparação deve ser não apenas dos danos materiais, mas, sobretudo, dos danos extrapatrimoniais, que violam a dignidade humana, que causam sofrimento e humilhação, denominados danos morais, reparando o prejuízo provocado pelo crime, evitando-se, deste modo, proteção deficiente dos direitos das vítimas de crimes.

O sofrimento causado por crimes praticados com violência ou grave ameaça, aliás, na forma dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, é o dano que mais merece prioridade na indenização.

Tal dano extrapatrimonial, reconhecido pela Constituição Federal com a nomenclatura de dano moral (art. 5º, inciso X), precisa constar da sentença criminal para fins de produzir efeitos no sistema prisional. Note-se que seria uma reparação mínima, na forma prevista no art. 387, inciso IV do CPP. A impossibilidade do pagamento pelo condenado há que ser verificada caso a caso nas hipóteses nas quais o Estado, através do sistema prisional, não ofereça o trabalho ao preso, descumprindo o disposto no art. 29 da LEP.

Assim, não pode o Juízo Criminal deixar de aplicar a legislação penal, remetendo a questão ao Juízo Cível, quando cabe ao sistema penal a fiscalização do trabalho do preso e da reparação do dano para fins de benefícios penais ao condenado.

Até mesmo para fins de aplicabilidade da Justiça Restaurativa, moderna tendência na esfera penal, a condenação no Juízo Criminal se faz necessária.

## Conclusão

A proteção da vítima de crimes violentos encontra amparo na Constituição Federal, em Tratados Internacionais e na legislação penal e processual penal. Note-se que o artigo 5º XLV menciona a reparação do dano causado pelo delito e seu parágrafo 2º reconhece os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Resolução 40/34 da ONU de 1985, que assegura direitos às vítimas de criminalidade, está amparada no Direito Pátrio. De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80 da Comunidade Europeia, a indenização deve ser assegurada primordialmente quando da ocorrência de um crime doloso e violento. Em nosso direito, a reparação do dano causado pelo crime está prevista no art. 245 da Constituição Federal e no art. 91, inciso I do Código Penal. O sofrimento causado por crimes violentos ensejam a condenação em danos morais, sendo certo que nossa Constituição Federal reconhece o dano moral e tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

O Código de Processo Penal determina no art. 387, inciso IV do CPP que deve constar da sentença criminal o valor mínimo para a reparação do dano. Tal questão é relevante na medida em que o trabalho do preso tem como uma das finalidades atender à indenização dos danos causados pelo crime, na forma do art. 29 da Lei de Execução Penal. O Ministério Público, por sua vez, como titular da ação penal pública, na forma do art. 129 da Constituição Federal, tem legitimidade para incluir na denúncia o pedido de reparação mínima causada pelo delito, notadamente o dano moral causado por crimes violentos, garantindo a isenção da vítima no processo penal, bem como o contraditório e ampla defesa do acusado para fins de aplicação do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMOS, Merris. *Human Rights Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- ALEXI, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal: Discursos Sediciosos*, nº 3, ano 2. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARIO, Robert. *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale. Les textes essentiels*. Vol. 2. Paris: L'Harmattan, 2002.

\_\_\_\_\_. *Les droits des victimes d'infraction. Problèmes politiques et sociaux*. n. 943. Paris: La documentation Française, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* (trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRADE, Edison Vlademir de Almeida. *Os Direitos da Vítima da Criminalidade*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <[www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071](http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071) acessada em 28/08/2015, p. 9.

FREITAS, André Guilherme Tavares de Freitas. *A Infringência do Dever de Respeito aos Direitos Fundamentais como Critério de Aumento de Pena Base in* Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton, Coordenado por Alexander Araujo de Souza e Decio Alonso Gomes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) Do Processo Penal*. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª Ed.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, 7ª Ed.

MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.47

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.19.

\_\_\_\_\_. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em* <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)> acessado em 31/08/2015.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Livraria do Advogado. 2013

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*/Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA, Juana Giacobbo de Souza. *A Vítima e a Reparação do Dano no Processo Criminal Brasileiro em* [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_2/juana\\_souza.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/juana_souza.pdf) acessado em 15/09/2015.

STRECK, LENIO LUIZ. *O Dever de Proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* no site [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) acessado em 20/01/2010.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermasssverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*, no site [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) acessado em 20/01/2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

## PROPOSTAS DE ENUNCIADO:

**Enunciado 1: O Ministério Público, como titular da ação penal pública, tem legitimidade para solicitar na denúncia criminal o pedido de reparação mínima dos danos causados pelo delito, garantindo o contraditório e ampla defesa para fins de aplicação do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal.**

**Enunciado 2: A condenação criminal do autor do delito quanto à reparação mínima dos danos causados pelo delito, na forma do art. 91, inciso I do Código Penal e art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal, é relevante para fins de aplicabilidade do art. 29, parágrafo 1º, aliena “a” da Lei 7210/1984 (LEP), que dispõe sobre o trabalho do preso para pagamento da indenização pelos danos causados pelo crime.**

**Enunciado 3: O sofrimento causado por um crime violento enseja a condenação do autor do delito em danos morais.**

**Enunciado 4: O juiz, ao proferir sentença condenatória, deve fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime, na forma do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal, após ampla defesa e contraditório, havendo a possibilidade da condenação do autor do delito em danos morais causados por crimes violentos, desde que seja um valor baixo e haja pedido expresso nesse sentido.**

# ***INSURGÊNCIA CONTRA OS PODERES CONSTITUÍDOS – TEMA PARA NOVA TIPIFICAÇÃO PENAL***

*CALIXTO OLIVEIRA SOUZA*

Necessidade de nova tipificação legal para tornar mais graves os crimes cometidos contra representantes ou bens do estado, com alteração de competência para os crimes com morte nesses casos, e alteração do artigo 75 do CP para adequá-lo à atual expectativa de vida no País.

INSURGÊNCIA CONTRA OS PODERES CONSTITUÍDOS –  
TEMA PARA NOVA TIPIFICAÇÃO PENAL

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA  
Promotor de Justiça  
Comarca de Divinópolis  
Minas Gerais

Sumário: 1 Introdução - 2 A evolução das condutas criminosas – 2.1 Século XX – um divisor de águas – 2.2 A insurgência contra os poderes constituídos – introdução ao tema - 3 Condutas análogas, crimes diferentes – 3.1 O dolo como parâmetro – 3.2 A opinião abalizada de Néelson Hungria – 3.3 A previsão de Beccaria – 4 Um exemplo de insurgência extraído da imprensa - 5 Um exemplo, na imprensa, da quase desesperança - 6 Os diplomas legais existentes sobre insurgência - 6.1 O que diz a Constituição da República - 6.2 O que prevê a Lei de Segurança Nacional - 6.3 A contribuição da Lei de Organizações Criminosas - 7 A lacuna legal - 8 Nova tipificação legal - 8.1 A tipificação de condutas já existentes - 8.2 Adequação do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade (art. 75 do CP) - 8.3 Alteração da competência - 8.4 Não se trata de Direito Penal do Inimigo – 9 Resumo - 10 Conclusões

### Síntese Dogmática

1 - Diante da reiteração das condutas que configuram insurgência contra os poderes constituídos, consistentes em ataques às instituições responsáveis pela segurança pública, como as Polícias, o Exército, o Ministério Público e o Poder Judiciário, em que o dolo não se limita ao de matar ou danificar, mas inclui o de desmoralizar, enfraquecer ou contestar a instituição atacada, ou ainda desafiar a própria legitimidade de seu poder, deverão ser reclassificadas essas condutas criminosas como Crimes Contra os Poderes Constituídos e criados novos tipos penais, com punições mais graves que as dos crimes-meio - como a lesão corporal, o homicídio e o dano ao patrimônio público -, que podem partir de penas mínimas mais altas e chegar até a 45 anos de reclusão, com progressão de regime após o cumprimento de maior parte da pena;

2 – Para compatibilizar a gravidade das condutas criminosas atuais com a crescente expectativa de vida da população, deverá o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade, previsto no artigo 75 do Código Penal, ser elevado para 45 anos.

3 - Deverá o crime contra a vida que caracterize ato de insurgência contra os poderes constituídos ser retirado da competência do tribunal do júri, em razão do bem jurídico ofendido.

4 – Deverá ser enviada moção à direção da CONAMP para envio das conclusões 1, 2 e 3 ao Congresso Nacional para análise.

### 1 Introdução

O presente trabalho foi apresentado e aprovado no XI Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, motivado pelo evidente desrespeito às instituições que está crescendo em todo o País nos últimos anos. Essa insubordinação há muito evoluiu para a violência contra os poderes constituídos, transformando-se em uma verdadeira guerra interna.

Há no País atualmente um crescimento de todas as formas de violência, mas este estudo se restringe àquelas contra as instituições públicas, que existem para dar sustentação ao decantado pacto social, mas vêm perdendo terreno a cada dia para criminosos que não se contentam em cometer crimes contra a vida, o patrimônio, a dignidade sexual ou praticar diuturnamente o tráfico de entorpecentes (crime contra a saúde

pública), entregando-se também aos crimes contra o Estado, na forma de ataques a policiais e outras autoridades, além de equipamentos e imóveis destinados ao serviço público.

O objetivo desta tese é chamar a atenção para o fato de que o rei está nu - o Estado está sendo atacado e as instituições, diante das limitações impostas pela legislação, agem como se estivéssemos diante de crimes comuns, merecedores de punições comuns. Urge, portanto, que sejam tomadas providências no sentido de tratar os criminosos mais ousados como inimigos do Estado, com punições efetivas e à altura de seus atos e das consequências que esses atos já estão trazendo para o tecido social.

Tenta-se, aqui, definir os atos criminosos que atentam contra os poderes constituídos e sugerir sanções mais graves para essas condutas, impedindo com as punições que os mesmos agentes cometam novos atentados, o que constituiria ainda um desestímulo para que outros tomassem seus lugares - como ocorre hoje, principalmente, entre os traficantes de drogas, quando algum dos controladores é retirado definitivamente de circulação, o que raras vezes ocorre por ato do Estado, em razão da obsolescência das penas e das limitações da execução penal.

A apresentação do estudo no XXI Congresso Nacional do Ministério Público se deve à relevância dos congressos da CONAMP, que historicamente recebem ideias sobre grandes temas e as lançam para todo o País, primeiro através da publicação das teses e, em um segundo momento, ao dar a elas suporte para voos mais altos, como a apresentação de sugestões ao Congresso Nacional para alterações legislativas.

Atentando ao tema do XXI Congresso Nacional do Ministério Público - os desafios e oportunidades do Ministério Público brasileiro na era digital -, deve ser ressaltado que as maravilhas surgidas a cada dia na era digital não têm se mostrado suficientes para uma drástica redução dos índices de criminalidade; o desafio, *in casu*, está em harmonizar a evolução digital com a legislação, para que evoluções como o Processo Judicial Eletrônico, por exemplo, possam conduzir a resultados eficientes, amparados em uma legislação moderna e adaptada às necessidades e anseios da população.

Registre-se que a recente alteração do artigo 121 do Código Penal, feita pela Lei nº 13142, de 2015, para acrescentar o inciso VII ao § 2º e tornar hediondos os crimes de homicídio cometidos “contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição”, acrescentou muito pouco ao que a lei já previa, tendo em vista que o homicídio cometido contra as autoridades referidas “em razão dessa condição” já se incluía entre os hediondos, como se pode extrair da simples leitura dos incisos I a V do já referido § 2º (motivo, meio, recurso utilizado ou finalidade).

É necessário avançar mais, como se verá a seguir.

## **2 A evolução das condutas criminosas**

### **2.1 Século XX – um divisor de águas**

O Código Penal Brasileiro data de 1940, primeira metade de um século em que o mundo evoluiu de forma espetacular no que se refere às comunicações, ao transporte, ao conhecimento, à medicina, aos costumes. Chegamos ao final do século XX com televisão ao vivo por satélite, veículos modernos e seguros, computadores pessoais, telefones móveis e muitas outras mudanças, como residências dotadas de muito mais confortos que as da primeira metade do século - ainda que comparadas duas casas modestas -, podendo-se mencionar a luz elétrica, o fogão a gás, o televisor, o telefone e várias outras comodidades, como um liquidificador, que poucos possuíam quando o nosso Código Penal entrou em vigor.

Outra grande mudança está nos costumes. Em 1940 bastava um olhar do pai para que o filho voltasse a se comportar da forma como fora educado. Em muitos locais os namoros ainda eram vigiados e um roçar de braços causava comoção. A forma de vestir e de falar era formal, pouco diversificada. O detentor de um diploma de curso médio era considerado letrado. Muitos se orgulhavam simplesmente de que sabiam ler ou de que haviam



frequentado a escola por três ou quatro anos. Costumes mais modernos se restringiam aos grandes centros, como Rio de Janeiro, Belo Horizonte ou São Paulo, pois os meios de transporte e de comunicação não favoreciam sua divulgação.

Foi nesse universo que surgiu o Código Penal pelo qual somos regidos no século XXI, com crimes como o adultério e o rapto, hoje revogados.

Os crimes contra o patrimônio, porém, ou os crimes comuns contra a vida ou a dignidade sexual mudaram muito pouco nesses mais de setenta anos. Ainda são cometidos e punidos de forma parecida.

Para esses delitos é possível que não seja necessário propor penas mais graves ou novas formas de punição; um grande contingente de juristas acredita que a solução esteja na promoção de mudanças nos regimes prisionais e no endurecimento da execução penal. Mas, além dessas, há outra questão a ser atacada: a lacuna penal. Eclodiram nos últimos anos no País novas formas de crime, para as quais não há previsão específica no Código Penal Brasileiro.

## **2.2 A insurgência contra os poderes constituídos – introdução ao tema**

Novos crimes, ainda tipificados como crimes comuns, vêm sendo cometidos principalmente nas capitais, embora ocorram também em cidades de médio porte e até em municípios menores. Poderíamos nomear esses atos como Insurgência Contra os poderes constituídos. São crimes cometidos contra policiais militares e civis, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, soldados do Exército e ainda contra o patrimônio público, o que inclui imóveis, automóveis e equipamentos das instituições públicas.

Referidos crimes são noticiados pela imprensa diariamente e as condutas podem ser facilmente definidas e diferenciadas daquelas dos crimes comuns.

O exemplo clássico é o do homicídio contra policial militar. Não se está aqui pretendendo afirmar que a vida de um policial militar vale mais que a vida de um civil. O valor da vida é o mesmo. O atentado contra um policial militar, se este não estiver em serviço ou não for atacado em razão do serviço, deverá ter as mesmas consequências de um ataque contra um civil.

Como se vê, o objetivo do presente estudo é o de definir o que é crime contra os poderes constituídos e o que é crime comum.

Um exemplo deste último caso seria o homicídio cometido pelos motivos que se veem rotineiramente no tribunal do júri, como dívida, ciúme, inveja, rancor, vaidade, reação a uma humilhação, disputa de terras, excesso de bebida etc. Nesses casos há o crime contra a vida, em que o dolo é de matar.

O latrocínio é outro exemplo de crime comum em que há um atentado contra a vida da vítima, mas o fim é outro e suficiente para caracterizar crime diverso.

A diferença é gritante, ou seja, o homicídio é um crime pessoal, ao contrário do que ocorre no latrocínio.

Feitas essas considerações, pode-se passar a analisar a necessidade de nova tipificação para os crimes cometidos contra os poderes constituídos.

## **3 Condutas análogas, crimes diferentes**

### **3.1 O dolo como parâmetro**

Feitas as observações acima, passa-se à delicada tarefa de demonstrar que condutas análogas podem e devem merecer punições extremamente diferentes.

Voltemos ao exemplo do policial.

Caso um policial militar esteja de folga, em um bar, e se envolva em uma discussão, poderá ele ser vítima de crime de homicídio, qualificado ou não, como qualquer outra pessoa. O autor do crime será certamente uma pessoa comum, que poderá ter ou não antecedentes criminais, e que cumprirá pena, caso condenado, por um crime motivado por uma das mesmas razões que acompanham os homicidas por toda a história humana (a

Bíblia, no primeiro livro, narra o homicídio cometido por Caim contra seu irmão Abel, aparentemente por motivo fútil – Gênesis, 4,3-8).

Alteremos, agora, o exemplo.

Caso o mesmo policial militar esteja participando de uma operação em um ponto de tráfico de drogas, efetuando busca pessoal em suspeitos e entrando em casas com mandados de busca e apreensão, poderá ele também ser vítima de crime de homicídio, cometido por um traficante de substância entorpecente que receia ser preso e ainda perder o ponto.

Nota-se que há uma enorme diferença entre os crimes.

No primeiro, a vítima foi morta não por ser policial militar; era indiferente ao autor o fato de ela ser policial militar ou não. O autor desejava apenas resolver a discussão com violência, estando sua conduta criminosa encerrada com o homicídio de seu opositor na contenda.

No segundo caso, não importava ao agente quem era a vítima. Bastava que fosse um policial militar que pudesse prendê-lo e ainda impor-lhe um prejuízo financeiro, acabando com seu negócio. Caso fosse outro o policial, o crime teria sido cometido da mesma forma. Não era pessoal. O crime, assim como ocorre no latrocínio, não era contra a vida, mas contra outro bem jurídico, no caso o Estado, representado pelo policial militar.

As diferenças de intenção chegam a ser tão grandes que o ato de tirar a vida de uma pessoa, se for cometido para subtrair-lhe o patrimônio, não é digno do tribunal do júri.

O exemplo do policial pode ser estendido a magistrados e promotores de justiça, quando não são mortos por questões pessoais, mas em serviço ou em razão dele.

A juíza Patrícia Acioli, do Rio de Janeiro, não foi morta por questões pessoais, mas por estar inserida em uma luta do Estado contra criminosos, os quais, para agravar ainda mais a situação, eram policiais. Ao matá-la, esses policiais se insurgiram contra o Estado; ofenderam, enfim, a estrutura criada ao longo de séculos para que fosse possível a civilização.

O dolo desses criminosos não se restringia ao homicídio da juíza. Sua intenção era a de enfraquecer o Estado, intimidando o Poder Judiciário e dificultando as investigações que estavam em andamento contra eles.

O promotor de justiça Francisco José Lins do Rego foi morto também por interesses que ultrapassam o simples homicídio. A intenção de seus executores era a de enfraquecer o Estado e de manter em funcionamento seus negócios escusos, o que não deu certo em razão da pronta reação do Ministério Público de Minas Gerais, que nomeou um grupo de promotores de justiça para continuar a luta de Chico Lins contra uma máfia que comercializava combustíveis adulterados.

Os responsáveis pela morte de Chico Lins, Patrícia Acioli e de centenas de policiais todos os anos no País foram e continuam sendo julgados pelo crime de homicídio, tendo ainda o privilégio de julgamento pelo tribunal do júri, além da timidez das penas, o que deve ser mudado com urgência.

### **3.2 A opinião abalizada de Nélson Hungria**

Antes de mencionar as palavras de Nélson Hungria, deve ser deixado claro que não se pretende, no presente estudo, enfrentar a questão da pena de morte como solução para a violência no País. Não está sendo expressa aqui opinião favorável ou contrária à pena capital, proibida no País por cláusula pétreia da Constituição da República.

Feito o esclarecimento, passa-se à citação de Nélson Hungria para demonstrar, em socorro do que foi dito acima, como os criminosos mudaram ao longo de pouco mais de sessenta anos.

O grande Nélson Hungria, em conferência ministrada em Belo Horizonte em maio de 1951, afirmou que era contra a pena de morte, o que é amplamente sabido. Curiosamente, porém, na mesma conferência, citada por Benedito Calheiros Bomfim, o mestre expôs sua preocupação com o crime organizado, “que ponha em perigo efetivo a segurança coletiva”, chegando ao ponto de defender, para esses casos, a pena capital. O que era raro, naquela época, no mundo do crime, tornou-se comum nos dias de hoje.

Segue um trecho:

A política do Estado não pode deixar de ser oportunística, e a mais fundamental das regras que deve assumir não pode deixar de estar sujeita a exceções. A pena de morte pode, excepcionalmente, apresentar-se tão necessária quanto o homicídio em campo de batalha. Não propriamente como castigo ou como pena, mas como um meio presente de defesa social, tornando-se, como tal, inquestionavelmente legítima.

O caso que considero excepcional é o do crime organizado, que, em certo momento ferozmente militante, numa reiteração espantosa de dramas de sangue, ponha em perigo efetivo a segurança coletiva. É o que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, com a tremenda eclosão do chamado gangsterismo, cujo arrojo desembestado foi ao extremo de trucidar o pequenino filho de Lindberg, o celebrado herói nacional, como que a ferir o povo norte-americano no seu próprio coração.

Impõe-se, então, o extermínio do grupo fora da lei, do bando de desenganados inimigos do gênero humano. Não como medida de escarmento, mas como gesto idêntico ao de quem se defende de uma alcatéia de lobos esfaimados e furiosos. Quanto se tem em vista casos dessa ordem, embora de caráter excepcionalíssimo ou francamente anormal, é que se poderia criticar tenha sido, no Brasil, erigido em preceito constitucional a inaplicabilidade da pena de morte. Para emergências como a que teve que enfrentar o país dos ianques é que a pena de morte poderia ser como uma *espingarda atrás da porta* (*Pena de Morte*, Benedito Calheiros Bomfim, Ed. Destaques, Rio de Janeiro, 1996, pág. 12).

A realidade em que vivia Néelson Hungria, em meados do século passado, só lhe permitia sugerir que “a espingarda ficasse atrás da porta” para o que ele considerava “excepcionalíssimo”. Caso vivesse nos dias de hoje, o Mestre provavelmente sugeriria que penas muito mais graves que as atuais fossem de prontidão para uso constante.

### 3.3 A previsão de Beccaria

A impressão que se tem é de que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, previu o que aconteceria no Brasil do Século XXI, embora obviamente não tivesse essa pretensão. É o que se extrai de um trecho de sua obra *Dos delitos e das penas*, de 1764. Ferrenho opositor da pena de morte, chegou a defendê-la para casos extremos, entre os quais incluía situações como a vivida atualmente pelo acuada povo brasileiro. Registre-se novamente que a citação não tem o objetivo de defender ou de se opor à pena capital, mas apenas o de demonstrar que casos de anarquia social merecem tratamento especial, mais grave que o reservado a crimes comuns. Segue o trecho:

A morte de um cidadão só deve ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de balbúrdia, em que um país fica na alternativa de recuperar ou perder a sua liberdade, nos tempos de anarquia, em que as leis são substituídas pela confusão e pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, consegue ainda, devido a suas relações e ao seu prestígio, atentar contra a segurança pública, podendo a sua vida gerar uma revolução perigosa no governo estabelecido (*Pena de Morte*, Fernando Jorge, Mercury, São Paulo, 1993, pág. 27).

Beccaria diria hoje, certamente, que as punições previstas para a balbúrdia e a anarquia vistas todos os dias em nosso País não estão à altura dos atos praticados, e provavelmente criticaria também com veemência a tibieza de nossa execução penal, que permite que grupos organizados continuem tramando atos contra a ordem pública e as instituições, como se vê frequentemente quando são queimados ônibus com pessoas dentro ou ataques postos policiais.

## 4 Um exemplo de insurgência extraído da imprensa

A Revista Veja, da Editora Abril, em reportagem sobre os confrontos entre o que chama de “banditagem carioca” e a Polícia, o que inclui as Polícias Militar e Civil e o Exército, apresentou estatísticas fornecidas pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, segundo as quais a criminalidade na Cidade Maravilhosa, nos

primeiros três meses de 2014, teve um aumento de 36 a 94 por cento em regiões como o entorno do estádio Maracanã e cartões postais como Ipanema e Leblon. Na mesma reportagem, a revista informa que os criminosos

têm disparado chumbo grosso contra os PMs que se estabelecem em seus domínios: só neste ano, foram quatro mortos e 26 feridos – um recorde da era UPP. O complexo da Maré, uma das primeiras vistas que o turista tem ao deixar o aeroporto internacional, é caso emblemático: o pelotão do Exército que ocupou recentemente a área já foi atacado por traficantes cinquenta vezes – é isso mesmo – em um único mês. Sinal claro de que os bandidos continuam com bom poderio bélico (Revista Veja, Editora Abril, Edição 2373, 14 de maio de 2014).

Ninguém ignora o que está acontecendo no Rio de Janeiro, assim como em Belo Horizonte, Porto Alegre ou Maceió, para citar algumas das principais capitais brasileiras.

A Polícia, há muito, deixou de se preocupar apenas em combater o crime. Ela agora tem buscado também formas de se defender do crime. É estarecedor, mas como previram Néelson Hungria e Beccaria, o crime não é mais cometido apenas entre cidadãos comuns, que matavam, estupravam e roubavam, mas sempre longe dos olhos da Polícia, que eles temiam. O que se vê atualmente são ataques à própria Polícia. O que estamos presenciando é uma verdadeira insurreição contra os poderes constituídos. A situação narrada no trecho acima, extraída de uma reportagem baseada em números, assemelha-se muito ao que conhecemos pelo nome de guerra.

## 5 Um exemplo, na imprensa, da quase desesperança

Para se obter, em poucos minutos, centenas ou milhares de reportagens e artigos sobre a violência no País basta uma rápida pesquisa nos jornais e revistas ou na *internet*. Cita-se aqui, como exemplo, trecho de recente Editorial do Jornal Agora, de Divinópolis-MG:

A expansão rápida e mutante do agir criminoso é um tormento por que passa a sociedade brasileira, de norte a sul, marcada diariamente por insegurança, sobressaltos e angústias diante da quase impossibilidade de reverter a situação.

A criminalidade multiplicou-se e se expandiu, transformando-se e se expondo de diferentes modos, sem que se tenham condições de acompanhar as mudanças e as novas composições. É muito complexa e difícil de combater, não resta dúvida (Jornal Agora, Divinópolis, 15 de maio de 2014, pág. A2).

O editorial reflete o desespero da sociedade e toca em um ponto sensível, ao mencionar o caráter mutante da criminalidade, que não é acompanhado pelos que a combatem.

É necessário, neste momento difícil, que os responsáveis pelo combate ao crime, o que inclui os três Poderes da República, também diversifiquem o arsenal legal de que dispõem para esse verdadeiro enfrentamento.

## 6 Os diplomas legais existentes sobre a insurgência

### 6.1 O que diz a Constituição da República

A Carta Magna de 1988, quando se preparou para o combate aos que viessem a se insurgir contra o Estado, reproduziu antigos dispositivos voltados para investigações, limitações de direitos e punições em tempos de guerra, em caso de iminente perigo ou de outras ameaças à ordem pública e a paz social, como o Estado de Defesa (arts. 136 e seguintes), o Estado de Sítio (arts. 137 e seguintes), requisições civis e militares (art. 22, III) e até a pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*), única previsão de pena mais grave, e ainda assim reservada para o caso de “guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”. Há ainda o impedimento de concessão de fiança nos casos de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático, além da imprescritibilidade (art. 5º, XVIV).

Como se vê, a CR não prevê pena específica para casos de iminente perigo ou outras ameaças à ordem pública e à paz social.

## **6.2 O que prevê a Lei de Segurança Nacional**

A Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), prevê, em seu artigo 18, pena de 02 a 06 anos de reclusão para quem “tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados”.

Traz ainda a LSN o artigo 29, que prevê pena um pouco mais grave para quem matar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal (reclusão de 15 a 30 anos).

Os demais dispositivos legais se destinam principalmente a ameaças externas.

## **6.3 A contribuição da Lei de Organizações Criminosas**

A Lei 12.850, de 12 de agosto de 2013, em seu artigo 2º, traz punição um pouco mais grave para quem integrar organização criminosa:

“Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:  
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”

O mencionado dispositivo legal pode ser considerado um embrião do que aqui se propõe, ao tratar com maior rigor os envolvidos em organizações criminosas.

## **7 A lacuna legal**

Como se pode concluir pelo que se vê acima, a legislação existente não tipifica as condutas de insurgência contra o Estado, representado pelos poderes constituídos.

O País vive diariamente situações análogas às de uma guerra, ao ver suas instituições atacadas por grupos criminosos como o PCC (Primeiro Comando da Capital), o CV (Comando Vermelho) e outros grupos, como associações de traficantes de drogas e de autores de crimes contra o patrimônio.

Esses grupos atacam regularmente as polícias, o Exército e as instalações e equipamentos desses órgãos de segurança, praticando atos de gravidade superior à de crimes comuns, mas tratados, por ausência de tipificação específica, como crimes de homicídio ou de dano contra o patrimônio público.

A diferença entre os crimes é evidente.

Para citar um exemplo já existente de condutas análogas, mas perfeitamente diferenciáveis em razão do dolo, tomemos os crimes de injúria e de desacato, que podem ser cometidos através de condutas parecidas, tendo como protagonistas os mesmos indivíduos. Caso A se dirija a B com adjetivos que ofendam sua honra subjetiva, estará caracterizado o crime de injúria. Caso A, porém, se dirija a B em razão de ser este funcionário público, e o ofenda com os mesmo adjetivos, caracterizado estará o crime de desacato, punido com pena mais grave e de ação penal pública incondicionada. Note-se que A, no primeiro caso, ofendeu a honra subjetiva de B; no segundo, ofendeu a instituição que B integra. A ofensa, na segunda hipótese, não é pessoal. Caso o funcionário público fosse outro, no exercício daquelas mesmas funções, possivelmente a agressão teria ocorrido da mesma forma. É comum que ofensas ocorram contra policiais militares em momentos de abordagem, com uso de palavras oriundas do mais baixo calão, e que estes, invariavelmente, não se sintam ofendidos em sua honra pessoal, mas relatem o desacato, crime contra a administração (art. 331 do CP).

Da mesma forma, ou seja, como crime contra a Administração Pública, deve ser tratada uma tentativa de homicídio, por exemplo, contra autoridade no exercício da função ou em razão dela.

Definida a nova tipificação, deve-se buscar, na investigação do crime, o dolo, o que pode ser definido com facilidade em casos como os acima citados, de ataques contra policiais e membros do Exército, seja em favelas ocupadas e com UPP's instaladas, seja em uma boca de fumo em uma cidade menor.

## **8 Nova tipificação legal**

### **8.1 A tipificação de condutas já existentes**

Antes de se pensar em nova tipificação legal, deve-se primeiro analisar se o dolo do agente é diferente. Deverão primeiro os juristas, seguidos dos parlamentares integrantes do Congresso Nacional, estudar o dolo daqueles que se postam em locais estratégicos e atiram com fuzis contra policiais, por exemplo.

Caso entendam, acompanhando o raciocínio aqui externado, que a conduta pode constituir ato de insurgência contra os poderes constituídos, caracterizado estará o dolo não apenas de matar ou de destruir, mas de enfrentar as instituições e de enfraquecer o Estado para obter vantagem.

A sugestão que aqui se faz é de criação de novos tipos penais, por ser inconcebível que alguém cometa crime de conduta parecida com outro crime, mas com dolo diferente e de muito maior gravidade, e receba a mesma pena.

As condutas mais graves já existem; há apenas uma lacuna a ser preenchida com a sua tipificação legal.

A Constituição da República não impede que nova tipificação, com penas muito mais graves, seja feita, desde que não sejam os novos crimes punidos com pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII).

Poderia ser tipificado, por exemplo, o crime de homicídio contra funcionário público no exercício da função ou em razão dela, com pena de 30 a 45 anos de reclusão, com progressão de regime após o cumprimento de três quintos da pena, se primário, e de quatro quintos, se reincidente.

Merece ser tipificado também de forma mais grave o crime de dano quando cometido contra imóveis ou equipamentos das instituições responsáveis pela segurança pública, pois, além do prejuízo material coletivo, estará o agente viabilizando o cometimento de outros crimes. A pena poderia ser fixada muito acima daquela prevista para o dano contra o patrimônio público geral, atualmente de detenção de seis meses a três anos (art. 163, parágrafo único, III, do CP).

Na esteira desse aumento, poderia o crime de dano ter todas as penas aumentadas para os casos de vandalismo coletivo, por se tratar de crime que tem também o viés de desrespeito às instituições. Pelos procedimentos de aplicação da pena ditados pela legislação atual, especialmente no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e à progressão de regime após o cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade, uma pena baixa, ainda que venha a ser executada, é irrisória para o criminoso, e quase não é notada pela sociedade em tese protegida. Dessa forma, para os crimes especialmente graves de que trata este trabalho, é necessária a revisão das penas em abstrato como condição essencial, entre futuras outras medidas, para dotá-las de maior respeito e efetividade.

Novas tipificações, para crimes que já existem, mas são tratados como crimes comuns, podem ser criadas, como para os crimes de lesão corporal leve, grave ou gravíssima contra funcionários públicos no exercício da função ou em razão dela.

É possível que penas mais graves desestimulem os crimes; se não forem suficientes para esse fim, ainda servirão para reduzir a criminalidade e os atentados contra as instituições, pois o agente passará mais tempo fora do convívio social.

### **8.2 Adequação do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade (art. 75 do CP)**

Talvez seja este o momento também de alterar o vetusto artigo 75 do Código Penal, que limita o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a 30 anos. Bastaria o acréscimo de um parágrafo para definir que no caso de crimes de insurgência contra os poderes constituídos o limite passaria a ser de 45 anos, por exemplo. Deve ser lembrado que o referido dispositivo legal também data de 1940, época em que a expectativa de vida estava em torno de 50 anos de idade, tendo aumentado em 2015 para cerca de 75 anos (segundo o IBGE), um acréscimo de 50 por cento. A alteração para 45 anos significaria um aumento também de 50 por cento para os próximos anos, o que seria justo e razoável.

### **8.3 Alteração da competência**

Ademais, a exemplo do que ocorre no delito de latrocínio, que constitui crime contra o patrimônio, embora atente o agente também contra a vida da vítima, deveria o crime contra a vida que caracterize também ato de insurgência contra os poderes constituídos ser retirado da competência do tribunal do júri, em razão do bem jurídico ofendido.

### **8.4 Não se trata de Direito Penal do Inimigo**

O que está sendo proposto no presente trabalho não tem qualquer relação com o que a doutrina convencionou chamar de Direito Penal do Inimigo (Günther Jacobs). Não se cogita a supressão nem a relativização de garantias, ficando mantidas todas as regras constitucionais, penais e processuais penais aplicáveis aos crimes em geral.

## **9 Resumo**

A situação atual do País reclama uma atitude contra os que se insurgem contra os poderes constituídos através de ataques contra as Polícias, o Exército e as demais instituições voltadas para o combate ao crime, como o Poder Judiciário e o Ministério Público, que resultam em mortes, lesões e prejuízo à estrutura física, com substancial enfraquecimento da segurança pública.

Analisando-se a conduta dos que perpetraram esses ataques, verifica-se que o dolo não é apenas o de matar, lesionar ou danificar, mas também o de desmoralizar, enfraquecer e inviabilizar as atividades das instituições públicas, com a nítida intenção de facilitar a prática de crimes típicos de grupos organizados, como o tráfico de entorpecentes e o roubo.

Tratando-se, como visto, de dolo voltado para bem jurídico diverso, deve-se dar também tratamento diverso, como ocorre no caso de crime de morte com a finalidade de subtração de bem móvel, que não é tratado como crime contra a vida, mas contra o patrimônio, que não é julgado pelo tribunal do júri.

Constatado que o dolo é dirigido ao enfraquecimento do poder público, mostra-se equivocada a tipificação penal como crime comum. Crimes com morte, por exemplo, com a finalidade de enfrentar os poderes constituídos, não podem ser tratados como homicídio, com a mesma pena desse crime e o privilégio, ao autor, do julgamento pelo tribunal do júri.

Da mesma forma conclui-se que várias condutas análogas a outras podem e devem ser tipificadas como crimes de insurgência contra o Estado, ou contra os Poderes Constituídos, com penas específicas e de muito maior gravidade.

Urge, diante dessa situação, que se assemelha a uma verdadeira guerra, que sejam encontradas formas de punir com maior rigor os autores de tais condutas, com tipos penais adequados, com penas e execução mais graves, não só retirando-os do convívio social por mais tempo, mas também desestimulando novos ataques.

A legislação, enfim, deve acompanhar a evolução tecnológica, dando também aos profissionais do Direito instrumentos legais para o rigoroso combate ao crime.

## 10 Conclusões

1 - Diante da reiteração das condutas que configuram insurgência contra os poderes constituídos, consistentes em ataques às instituições responsáveis pela segurança pública, como as Polícias, o Exército, o Ministério Público e o Poder Judiciário, em que o dolo não se limita ao de matar ou danificar, mas inclui o de desmoralizar, enfraquecer ou contestar a instituição atacada, ou ainda desafiar a própria legitimidade de seu poder, deverão ser reclassificadas essas condutas criminosas como Crimes Contra os Poderes Constituídos e criados novos tipos penais, com punições mais graves que as dos crimes-meio - como a lesão corporal, o homicídio e o dano ao patrimônio público -, que podem partir de penas mínimas mais altas e chegar até a 45 anos de reclusão, com progressão de regime após o cumprimento de maior parte da pena;

2 – Para compatibilizar a gravidade das condutas criminosas atuais com a crescente expectativa de vida da população, deverá o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade, previsto no artigo 75 do Código Penal, ser elevado para 45 anos.

3 - Deverá o crime contra a vida que caracterize ato de insurgência contra os poderes constituídos ser retirado da competência do tribunal do júri, em razão do bem jurídico ofendido.

4 – Deverá ser enviada moção à direção da CONAMP para envio das conclusões 1, 2 e 3 ao Congresso Nacional para análise.

## Referências Bibliográficas

- GÊNESIS, Bíblia Sagrada, Editora Santuário, Aparecida - SP  
BOMFIM, Benedito Calheiros, Pena de Morte, Rio de Janeiro: Destaque, 1996.  
JORGE, Fernando, Pena de Morte, São Paulo: Mercuryo, 1993.  
REVISTA VEJA, Edição 2373, Editora Abril, 14 de maio de 2014.  
JORNAL AGORA, Divinópolis: 15 de maio de 2014.



**JUIZADO DO TORCEDOR:  
UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA  
COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO  
DA PRÁTICA DE ATOS DE  
VIOLÊNCIA E APLICAÇÃO DA  
JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA  
MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS  
TORCEDORES-INFRATORES**

*CRISTINA CORSO RUARO  
FERNANDA DA SILVA SOARES LAIOLA  
LUIZ EDUARDO CANTO DE AZEVEDO BUENO*

Há que se fazer uso de recursos tecnológicos para identificar os torcedores que praticam atos de violência no contexto futebolístico, inclusive, por meio da biometria. A aplicação da Justiça Restaurativa representa importante meio para mudança comportamental dos torcedores-infratores.

**“Os Desafios e Oportunidades do Ministério Público Brasileiro na Era Digital”**

Área Criminal

Título:

**“Juizado do Torcedor: utilização da tecnologia como estratégia de prevenção da prática de atos de violência e aplicação da Justiça Restaurativa para mudança comportamental dos torcedores-infratores”**

Nome dos Autores:

**Cristina Corso Ruaro, Promotora de Justiça**

**Fernanda da Silva Soares Laiola, Promotora de Justiça**

**Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno, Procurador de Justiça**

Justificativa:

*Nas últimas décadas, o Brasil e outros países têm vivenciado a violência praticada por torcedores envolvidos no contexto futebolístico, principalmente aqueles membros de torcidas organizadas. Eles utilizam as redes sociais para combinar brigas, há determinação para utilização das câmeras de segurança dos estádios para o monitoramento das ocorrências, contudo, ainda é precária a identificação dos torcedores envolvidos em atos de violência. É preciso fazer uso da tecnologia a favor do Poder Público, utilizando-se dessas ferramentas para a identificação dos briguentos, impedindo-os de que ingressem nos estádios de futebol. Por outro lado, ainda hoje as autoridades não encontraram soluções adequadas para ocupar o tempo desses torcedores impedidos de comparecer aos estádios de futebol. Uma das maneiras inovadoras de tratar essa temática de repercussão social extremamente complexa, é a aplicação da Justiça Restaurativa aos torcedores-infratores no Juizado do Torcedor. A Psicologia é uma ferramenta que possui base científica, apta a trabalhar com esses torcedores, permitindo que eles visualizem seus erros e que uma vez realizando uma reflexão aprofundada possam mudar de comportamento, respeitando as regras vigentes na sociedade.*

## **1- Introdução**

O futebol registra um histórico de hostilidades que representam os antagonismos da sociedade. As rivalidades desportivas quase sempre adquirem um caráter mais violento, especialmente quando associados à ingestão de bebidas alcoólicas. A violência no futebol se converteu em um problema social complexo, que requer especial atenção do Estado. A receita certa para a violência nos estádios é o somatório de torcidas movidas pela paixão do time e ingestão de bebidas alcoólicas. Nesse aspecto, as providências para coibir a venda de bebidas alcoólicas no interior dos estádios de futebol demonstrou ser medida preventiva de segurança com eficácia comprovada, diante das estatísticas. O efeito potencializador da bebida alcoólica sobre as paixões e surtos de

JUIZADO DO TORCEDOR: UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE VIOLÊNCIA E APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS TORCEDORES-INFRATORES

violência associados ao futebol põe em risco não só os torcedores, mas também famílias que acompanham o evento, cidadãos que transitam pelas imediações dos locais de competições e pelo fluxo de torcedores, bem como, usuários do sistema de transporte público, prestadores de serviços, comerciantes e agentes públicos, pelo que os interesses comerciais não justificam o sacrifício do interesse social.

Nas últimas três décadas, a sociedade civil tem observado o intenso aumento da violência entre torcedores de futebol, especialmente os que integram as chamadas torcidas organizadas. Essa situação é extremamente grave, principalmente nas grandes cidades, pois além das agressões físicas entre torcedores, muitas vezes levando-os à morte, há a prática de tráfico de drogas, vandalismo, tanto em bens particulares como públicos, com prejuízos econômicos. A Lance Net publicou em 09/12/2013, que de abril de 1988 até dezembro de 2013, o número de pessoas assassinadas no Brasil associado ao futebol corresponde a cifra de 234.

O Poder Público investe dinheiro e tempo para tentar conter as ações criminosas desses seguidores das torcidas organizadas. A cada jogo, não necessitando ser um clássico, uma centena de policiais, principalmente militares, são escalados para os estádios de futebol e seus entornos, para tentar reduzir os atos criminosos, que antecipadamente os membros dessas torcidas já anunciaram que iriam cometer. Essas brigas são organizadas através do uso das redes sociais, angariando um número elevado de torcedores para a prática de atos ilícitos. Evidentemente, devem ser utilizados os recursos tecnológicos para uma atuação preventiva.

A edição da Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) representou uma grande evolução legislativa estabelecendo normas de proteção e defesa do torcedor, bem como crimes e medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, e ainda a implementação dentro dos estádios de futebol, do Juizado do Torcedor.

Aceita a transação penal, o Ministério Público deve requerer que seja oficiada a Confederação Brasileira de Futebol e à Federação Estadual de Futebol, nos termos do art. 5º, § 1º, VI, c/c §§2º e 3º, do Estatuto do Torcedor, para que tenham ciência de que o torcedor está impedido de comparecer nos jogos da agremiação a que torce, em determinado campeonato ou por determinado período, para que possibilite que tais entidades publiquem a restrição na internet e afixem em local visível no lado externo das entradas do estádio. Todavia, na forma como é feito o controle de acesso aos estádios atualmente, não se pode garantir que o torcedor efetivamente está cumprindo com tal medida.

Assim, para que o Juizado do Torcedor tenha êxito na integração das informações em âmbito nacional bem como para que as medidas alternativas aplicadas surtam os reflexos pretendidos, devem ser utilizados os recursos tecnológicos para auxiliar na devida fiscalização do controle de acesso ao estádio dos torcedores envolvidos com infrações penais, que acompanham seus times em quaisquer Estados da Federação onde eles estiverem jogando e que continuam tendo o mesmo tipo de comportamento ilícito.

A ciência da Psicologia tem demonstrado que a mudança de comportamento exige um trabalho individual e/ou coletivo no aspecto psíquico do indivíduo, consequentemente, a possibilidade de uma postura diferenciada de um torcedor violento só poderá acontecer se esse mesmo torcedor for trabalhado dentro do seu

mundo introspectivo. As medidas restritivas para coibir os torcedores envolvidos na prática de infrações penais de comparecerem aos estádios quando seu time estiver jogando são bastante positivas mas ainda insuficientes para trabalhar a mudança de mentalidade desses torcedores. A proposta que se apresenta como inovadora é a aplicação das técnicas da Justiça Restaurativa no âmbito do Juizado do Torcedor, permitindo que o torcedor/infrator faça uma reflexão sobre o contexto em que se inseriu, os motivos que o levaram à prática da violência envolvendo o contexto futebolístico e alternativas para mudança daquela atitude.

## **2- Justiça Restaurativa**

A Justiça Restaurativa tem uma nova percepção de como lidar com crimes e conflitos, baseada na mudança de mentalidade entre os envolvidos no sistema da Justiça, para dar um enfoque diferenciado na aplicação das medidas decorrentes da prática de infrações penais, visando à mudança de comportamento do infrator.

De acordo com o Manual “Justiça Restaurativa do Brasil – A paz pede a palavra”, da Associação dos Magistrados Brasileiros, a Justiça Restaurativa constitui um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações, por meio dos quais os conflitos que causam danos são solucionados de modo estruturado, por meio de técnicas autocompositivas e consensuais de conflitos.

Nessa perspectiva, a implementação de técnicas restaurativas a torcedores/infratores envolvidos com eventos futebolísticos representa uma nova perspectiva para a mudança de mentalidade desses torcedores, diante da reflexão pelos atos reprováveis praticados. Imagine-se juntar em um círculo restaurativo formado por torcedores/infratores rivais, que após vários contatos terapêuticos possam sair de lá aceitando e respeitando as diferenças, inclusive no campo futebolístico. E mais, quem sabe um dia consigam assistir aos jogos um ao lado do outro, sem qualquer conflito.

## **3- Futebol e as emoções causadas nos torcedores**

Para entender o que se passa com os torcedores das organizadas, é preciso fazer um pequeno recorte sobre alguns assuntos, entre eles a importância do futebol, o que vem a ser violência, comportamento em grupo e o entendimento do que seja torcida organizada.

O futebol, segundo Reis (2006), sinaliza que tal esporte é uma expressão da sociedade brasileira, mesclando emoção e beleza, fascinando pessoas no Brasil e em inúmeros países. Para Moraes (2012), o futebol é um espetáculo que proporciona emoções associadas à vida cotidiana do cidadão. Reis (2006), igualmente pontua que o futebol é um espaço de lazer muito importante, uma atividade de real prazer e inúmeras emoções, na verdade é um fenômeno social muito representativo, tanto em relação à sua prática quanto em relação à assistência.

Conquanto ocorra interesse em focalizar o futebol como prática desportiva, pouco se conhece sobre os elementos subjetivos envolvidos nesta atividade. As condutas violentas dos torcedores, especialmente dos torcedores organizados, merece um estudo mais aprofundado.

#### 4- Agressividade / Violência

Imperioso ressaltar que agressividade não é a mesma coisa que violência. Citando Mangini (2008), apud Fiorelli, José Osmir e Mangini, Rozana C. Ragazzoni (2009), a agressividade faz parte da natureza do ser humano e o ajuda a superar dificuldades, porém quando o indivíduo não canaliza a agressividade para fins produtivos, deixando transparecer falta de estabilidade emocional, impulsividade e baixa tolerância a frustrações, pode surgir a violência, que seria uma atitude de transgressão as regras, normas e leis aceitas por determinada comunidade.

A violência para algumas escolas é abordada com percepções diferentes, entretanto todos asseveram que essa postura traz sérios prejuízos para o próprio indivíduo violento e seu entorno.

Segundo Bock, Furtado e Teixeira (1995), a psicanálise vê a agressividade como constitutiva do ser humano e ao mesmo tempo afirma que para essa agressividade não se transformar em violência **é preciso haver uma regulação dos impulsos destrutivos, sendo a cultura e a vida social mecanismos de controle.**

Para o Behaviorismo, cujos grandes representantes são Watson e Skinner, os comportamentos agressivos são aprendidos através de um condicionamento operante por **reforço positivo** (Fiorelli, José Osmir e Mangini, Rozana C. Ragazzoni, 2009).

Já para Bandura, um dos expoentes da abordagem social-cognitiva, a agressividade pode ter origem nos modelos. A criança e o adolescente muitas vezes aprendem comportamentos violentos com os pais/criadores, com os colegas da escola e em face desses comportamentos, vêm a reproduzi-los.

Rocha (2012), Strauss (1994), pontuam que a violência em uma esfera da vida de uma pessoa pode desencadear violência em outras esferas, confirmando a concepção de que **violência gera violência**, muitas vezes em proporções crescentes.

Procurando explicar as causas de violência, Giovana Rocha (2012) e Feldeman (1979), asseveram que carência afetiva pode levar ao desenvolvimento de um possível comportamento infrator, afinal não aprendeu a ter ligação afetiva com o outro.

Na busca de um ambiente que não gere comportamentos violentos, Gomide (2012, p. 34) menciona que o “comportamento moral, virtudes, valores ou ética precisam ser ensinados ao homem, desde a sua infância, para que o ser humano se aprimore a ponto de preservar a própria espécie, a cultura e as gerações futuras”.

Também vale pontuar que uma das razões dos comportamentos antissociais são as práticas parentais inadequadas. Para Gomide (2012), se os cuidadores utilizarem práticas educativas negativas, como abuso físico, negligência, ausência ou rigidez de regras, é possível que no futuro terão comportamentos autodestrutivos, agressivos e (ou) ilícitos.

Porém, para entender o comportamento da torcida organizada, é preciso analisar o comportamento em grupo, entretanto, antes disso é necessário explicar o que é torcida organizada.

## **5- Torcida organizada**

Para Pimenta (1997) e Murad (2007), torcidas organizadas, não obstante criadas para serem espaços de reunião e conagração dos torcedores, acabam frequentemente constituindo-se em um grupo que se associa com atos de violência. Marin (2002) salienta que torcedores das organizadas vestem uma camisa e vão aos estádios para um vale tudo, nem que para isso o resultado seja a morte. Para Pimenta (1997), o torcedor de organizada exprime no grupo sua masculinidade, seus sentimentos de solidariedade, companheirismo e de pertencimento a esse agrupamento, assumindo a identidade do próprio grupo, deixando para trás sua própria identidade. Para Carneiro (2008), as torcidas organizadas parecem adotar uma lei própria, paralela, vigorando “olho por olho” e “dente por dente”, não se submetendo as leis instituídas formalmente.

Eduardo Galeano, na obra “Futebol ao Sol e à Sombra”, da Editora L&PM, traça o perfil do torcedor fanático:

*“O fanático é o torcedor no manicômio. A mania de negar a evidência acaba fazendo que a razão e tudo que se pareça com ela afundem, e navegam à deriva os restos do naufrágio nestas águas ferventes, sempre alvoroçadas pela fúria sem tréguas.*

*O fanático chega ao estádio embrulhado na bandeira do time, a cara pintada com as cores da camisa adorada, cravado de objetos estridentes e contundentes, e no caminho já vem fazendo muito barulho e armando muita confusão. Nunca vem sozinho. Metido numa turma da barripesada, centopeia perigosa, o humilhado se torna humilhante e o medroso mete medo. A onipotência do domingo exorciza a vida obediente do resto da semana, a cama sem desejo, o emprego sem vocação ou emprego nenhum: liberado por um dia, o fanático tem muito de que se vingar.*

*Em estado de epilepsia, olha a partida, mas não vê nada. Seu caso é com a arquibancada. Ali está seu campo de batalha. A simples existência da torcida do outro time constitui uma provocação inadmissível. O Bem não é violento, mas o Mal obriga. O inimigo, sempre culpado, merece que alguém torça o seu pescoço. O fanático não pode se distrair, porque o inimigo espreita por todos os lados. Também está dentro do espectador calado, que a qualquer momento pode chegar a dizer que o rival está jogando corretamente, e então levará o castigo merecido”.*

## **6 - Comportamento em grupo**

Respeitante ao comportamento em grupo, Freud (1923-1980) dizia que o grupo formado por uma multidão produz um psiquismo próprio, muitas vezes anulando o eu individual.

Gustave Le Bon (1912) igualmente pontuava que sobre certa condição grupal o indivíduo sente, pensa e age de maneira completamente diferente se sentisse, pensasse e agisse sozinho.

Mc Dongall (1920/2005), asseverava que quanto mais grosseiros e simples são os impulsos emocionais, mais aptos se encontram a se expandirem em grupos.

Uma outra visão a ser observada consiste em indagar se **o ambiente da torcida organizada é um reforçador na conduta violenta desses torcedores.**

Para isso também imprescindível socorrer-se da análise comportamental, utilizando como fonte de apoio os conceitos e ensinamentos de Skinner, Ivan Petrovich Pavlov, Millenson, Bandura e outros, todos eles estudiosos do desenvolvimento psicológico humano.

#### **6- Utilização da tecnologia a favor do Poder Público**

Da mesma maneira como as torcidas organizadas vêm se utilizando da internet para marcar brigas entre torcidas rivais, os órgãos de segurança também devem utilizar da tecnologia a seu favor. Faz-se necessário um acompanhamento investigativo do que é postado pelas torcidas organizadas, justamente no intuito de uma atuação estratégica para prevenir e reprimir esses conflitos previamente agendados. Havendo uma atuação preventiva a chance de uma operação exitosa será infinitamente maior.

Por outro prisma, é imprescindível que se faça a identificação das torcidas organizadas em um banco de dados que possa ser utilizado para comparação com as imagens captadas pelas câmeras de segurança instaladas no interior dos estádios e até mesmo nos arredores do estádio, fazendo com que se demonstre aos torcedores envolvidos em atos de violência que as autoridades policiais estão efetivamente no controle da situação. Sugere-se, neste aspecto, o cadastramento biométrico obrigatório de todos torcedores, notadamente, os das torcidas organizadas, uma vez que a incidência de brigas e outros ilícitos, em sua maioria, envolve preponderantemente esse grupo. Tal medida não só identificaria aqueles que cometeram ilícitos no âmbito futebolístico, e que passaram pelo Juizado do Torcedor, como também auxiliaria no cumprimento de mandados de prisão em aberto. Para tanto bastaria que os dados existentes no cadastro realizado pelo Clube fossem encaminhados periodicamente à Polícia Civil.

#### **7- Utilização da Psicologia frente a esses torcedores/infratores**

Uma vez identificados os torcedores envolvidos em conflitos decorrentes do ambiente futebolístico e aceita a proposta de transação penal<sup>1</sup> ou em caso de sentença penal condenatória, surgem várias

---

<sup>1</sup> Art. 41-B.

§ 2º Na sentença penal condenatória, o juiz deverá converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas neste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010\).](#)

perguntas:

- a) quais são as medidas a serem aplicadas durante o período cronológico de afastamento dos estádios?
- b) essas medidas apresentadas terão repercussões positivas, isto é, esses torcedores internalizarão que seus comportamentos foram errôneos?
- c) essas medidas poderão sinalizar uma nova conduta desses torcedores, deletando comportamentos violentos?

Essas são as grandes indagações que a própria Justiça tem obrigação de fazer. Procurando contribuir para uma melhor equação desse problema social sugere-se que a Justiça deva ter um posicionamento diferenciado para esses torcedores envolvidos nesses ilícitos penais. A simples proibição de frequentar os estádios de futebol nos dias em que seus clubes de futebol estariam participando de jogos, recolhendo-os em salas de órgãos de segurança até que o espetáculo futebolístico tenha o seu término, não costuma produzir mudança de comportamento por parte do torcedor.

É imprescindível que esses torcedores, a maioria deles de torcidas organizadas, sejam instados a refletirem sobre suas condutas. Para isso, como já pontuado, não basta deixá-los em um espaço público durante o período cronológico do jogo de futebol, é necessário uma interação com eles.

A sugestão apresentada é aplicação da Justiça Restaurativa, no seu contexto ampliativo, e uma das opções seria a utilização de um trabalho psicológico com esse grupo de torcedores/infratores, objetivando perceberem o que fizeram, reflitam sobre esses atos e analisem com profundidade se efetivamente querem se comportar de forma diferente, não mais quebrando regras jurídicas e sociais.

Para tanto a proposta é reunir esses grupos de torcedores/infratores, periodicamente, através de determinação judicial, em um local adequado, com a presença de psicólogos e facilitadores, fornecidos pelo próprio Poder Judiciário, Ministério Público ou por faculdade/universidade pública ou particular, para a realização de um trabalho com contornos de terapia em grupo, nos moldes delineados pela Justiça Restaurativa.

Essa atividade permitiria que os próprios torcedores/infratores expressassem suas opiniões sobre temáticas como violência, comportamento em grupo, motivação para a prática da violência, influência de líderes no comportamento individual, sofrimento físico e psíquico causados a terceiros, prejuízos econômicos, perspectiva de nova mentalidade e de mudança comportamental e várias outras percepções internalizantes.

---

§ 4º Na conversão de pena prevista no § 2º, a sentença deverá determinar, ainda, a obrigatoriedade suplementar de o agente permanecer em estabelecimento indicado pelo juiz, no período compreendido entre as 2 (duas) horas antecedentes e as 2 (duas) horas posteriores à realização de partidas de entidade de prática desportiva ou de competição determinada. [\(Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010\).](#)

§ 5º Na hipótese de o representante do Ministério Público propor aplicação da pena restritiva de direito prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o juiz aplicará a sanção prevista no § 2º.



Uma das técnicas que podem ser utilizadas através da Justiça Restaurativa, pelos profissionais da Psicologia, seria a idealizada pela Professora Paula Inez Cunha Gomide, da Universidade Tuiuti do Paraná, que está inserida no livro *Comportamento Moral – Uma Proposta para o Desenvolvimento das Virtudes*.

Essa técnica já aplicada com sucesso entre adolescentes em conflito com a lei, consiste, resumidamente, em demonstrar aos envolvidos que seus comportamentos devem ser baseados em virtudes morais, como empatia, amizade, honestidade, justiça, generosidade, trabalhando conceitos de moral e ética, e inibindo comportamentos antissociais, procurando fazer com que os envolvidos no grupo de estudo passem a respeitar a todos. Vale reiterar que essa técnica é apenas um referencial que poderá ser utilizado, mas é óbvio que caberá aos profissionais de psicologia encontrar as técnicas mais apropriadas para trabalharem com esse grupo de pessoas.

### **Conclusão**

1. Não é possível a sociedade presenciar quase que semanalmente em várias cidades do Brasil, principalmente em grandes centros urbanos, o comportamento violento dos torcedores organizados, sem que haja uma postura do Poder Público que afaste esses comportamentos inaceitáveis, afinal são torcedores que agem como criminosos, em atos muitas vezes já anunciados, previamente definidos e com indivíduos convocados pelas redes sociais.
2. Sem um estudo mais aprofundado dessa complexa situação, as Autoridades pouco conseguirão fazer para debelar esses comportamentos nefastos, que não apenas atingem os envolvidos, sejam eles réus ou vítimas, como abarca uma parcela da sociedade que deixa de frequentar o esporte mais popular do Brasil por medo de ser vítima desses torcedores, além de que há um gasto econômico de razoável monta por parte dos Estados Federativos e o dispêndio de uma mão de obra especializada que fica horas e horas apenas se dedicando a diminuir os conflitos entre os torcedores.
3. É imprescindível que se faça a identificação das torcidas organizadas em um banco de dados que possa ser utilizado para comparação com as imagens captadas pelas câmeras de segurança e o cadastramento biométrico obrigatório de todos torcedores, notadamente, os das torcidas organizadas.
4. Não basta o Direito e a Sociologia cuidarem desse assunto/problema, é imprescindível a presença da Ciência da Psicologia, que muito poderá contribuir para o estudo aprofundado desse “mal social”. Para que a Justiça procure fazer com que esses torcedores/infratores mudem de comportamento, não basta apenas deixá-los em espaços públicos nas horas dos jogos de futebol, faz-se necessário investir em uma medida que proporcione que o torcedor/infrator faça uma reflexão sobre o contexto em que se inseriu, os motivos que o levaram à prática da violência envolvendo o contexto futebolístico e alternativas para mudança daquela atitude, por meio da aplicação da **Justiça Restaurativa**.

**Referências Bibliográficas:**

1. AZZI, Roberta Gurgel. *Desengajamento Moral na Perspectiva da Teoria Social Cognitiva*. Psicologia, Ciência e Profissão, 2011.
2. BANDURA, Albert; AZZI, Roberto Gurgel e POLIDORO, Soely. *Teoria Social Cognitiva: Conceitos básicos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2008.
3. BOWLBY, John. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. São Paulo: Martim Fontes, 1992.
4. CARNEIRO, Henrique Figueiredo; SANTOS, Márcia Batista dos. *A lei e a anomia nas torcidas organizadas de futebol*. In: Arquivos Brasileiros de psicologia, volume 60, nº 3, 2008.
5. FREUD, Sigmund. *Psicologia de Grupo e Análise do Ego*. – In: Obras Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro. Imago, 1921/1980.
6. GALEANO, Eduardo. *Futebol ao sol e à sombra*. Porto Alegre: L&PM, 2013.
7. GOMIDE, Paula Inez Cunha – Organizadora. *Comportamento Moral. Uma Proposta para o Desenvolvimento das Virtudes*. Curitiba: Juruá, 2012.
8. LE BOM, Gustave. *La Révolution française et la psychologie des révolutions*. Paris, Flammarion, 1912.
9. MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Privação Afetiva e Social: implicações na escola*. In: Medrado, H.I.P. et al *Violências nas Escolas*. Sorocaba: Minelli, 2008.
10. MC DOUGALL, W. *The Group Mind Whitefish*, MT: Kessinger Publishing, 2005 (original 1920).
11. MORAES, Gustavo Hermínio Saleti Marcondes de; MORAES, Olga Maria Saleti Marcondes de. *Futebol e violência: Freud explica?*. Estudos de pesquisas em Psicologia, Rio de Janeiro, v. 12, nº 01, 2012.
12. MOREIRA, Márcio Borges. MEDEIROS, Carlos Augusto. *Princípios Básicos de Análise do Comportamento*. São Paulo: Artmed, 2008.
13. MURAD, Maurício. *A Violência e o Futebol: dos estudos clássicos aos dias de hoje*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
14. *Noções elementares elaboradas pela Comissão Científica de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para a campanha JUSTIÇA RESTAURATIVA DO BRASIL: A paz pede a palavra*. Escola Nacional da Magistratura, 2015.
15. PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *Torcidas Organizadas e Futebol: Violência e auto-afirmação – Aspectos*

JUIZADO DO TORCEDOR: UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE VIOLÊNCIA E APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA MUDANÇA COMPORTAMENTAL DOS TORCEDORES-INFRATORES

*da Construção das Novas Relações Sociais*. Taubaté, SP. Vogal, 1997

16. REIS, Heloisa Helena Baldy dos. *Futebol e violência*. Campinas: Autores Associados, 2006.
17. REIS, Heloisa Helena Baldy dos. Violência das Torcidas organizadas: *In: Simpósio Internacional Sobre Hoolliganismo e Copa do Mundo de 2014*, 1. Campinas: Centro de Estudos Avançados, 2011.
18. ROCHA, Giovana Veloso Minhoz. *Comportamento Antissocial. Psicoterapia para Adolescentes Infratores de Alto Risco*. Curitiba: Juruá, 2012.
19. SCHULTZ, Duane P; SCHULTZ, Sydney Ellen. *Teoria da Personalidade*. Tradução da 9ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
20. SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e Comportamento humano*. 8ª edição. São Paulo: Martim Fontes, 1992.
21. TOLEDO, Luiz Henrique. *Torcidas Organizadas de Futebol*. Campinas: Autores Associados, Anpocs, 1996.

***DA FALTA DE CAPACIDADE  
POSTULATÓRIA DA AUTORIDADE  
POLICIAL EM MEDIDAS CAUTELARES  
NO PROCESSO CRIMINAL: POR  
UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL  
DENTRO DE UMA PERSPECTIVA  
CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNA.***

*DIONELES LEONE SANTANA FILHO*

Todas as representações da Autoridade Policial deverão ser dirigidas ao Ministério Público fundamentadamente, e existindo lastro probatório suficiente, acolherá as ponderações e postulará tais pretensões perante o juízo competente, dada a falta de capacidade postulatória da Autoridade Policial.

**Da falta de capacidade postulatória da Autoridade Policial em medidas cautelares no processo criminal:  
por uma aproximação possível dentro de uma perspectiva constitucional pós-moderna.**

**Dioneles Leone Santana Filho<sup>1</sup>**

"A vantagem de uma memória ruim é que pode desfrutar as mesmas coisas boas como se fosse a primeira vez."  
Friedrich Nietzsche.

Palavras-chave: Princípio acusatório; não recepção da regra do art. 13, IV, do CPP, pela CF/88; e gestão da prova no processo penal.

**1. Síntese dogmática da proposição**

A presente tese insere-se na Área I (Áreas Criminal) do temário de teses do XXI Congresso Nacional do Ministério Público, uma vez que pretende refletir acerca das medidas cautelares no processo penal, que, muitas vezes, é relegado a um trabalho de iniciativa da polícia, sem a oitiva do principal ator na gestão da prova que é o Ministério Público, que tem sua estratégia destruída ou apequenada pela não participação na fase investigatória. Quem deve conduzir a prova desde o início é o *parquet*.

Não quero que essas considerações sejam encaradas como uma espécie de “muro das lamentações”, quanto à atuação ministerial no processo cautelar na seara criminal. O que proponho aqui é apenas uma forma de dar eficácia ao comando constitucional que confere legitimidade ao Ministério Público a agir como proponente privativo da ação penal pública, buscando olhar o processo penal utilizando a lente constitucional, numa necessária filtragem, para se enfrentar os problemas criminais pós-modernos que se colocam a nossa apreciação.

Percebo que apesar do Ministério Público ser legitimado ativo privativamente para propor a ação penal pública, tal como exige as disposições normativas do Art. 129, inciso I, da Lei Suprema, esse desiderato não vem sendo desempenhado em sua inteireza, pois as medidas cautelares pré-processuais como: busca e apreensão; sequestro; arresto; interceptação telefônica; quebra de sigilo fiscal e bancário; prisão preventiva; prisão temporária; produção de prova antecipada - *ad perpetuam rei memoriam* (Art. 366, *caput*, CPP), dentre outras, são, quase sempre, propostas pela Autoridade Policial diretamente a Autoridade Judiciária, até mesmo ao arpejo do Ministério Público<sup>2</sup>. Entretanto, entendo que falta capacidade postulatória, que é um dos pressupostos processuais subjetivos de validade do processo, aos delegados de polícia, para requererem em juízo tais medidas, impondo-se o necessário ajuste, devendo o Ministério Público passar assumir a titularidade de tais pedidos, ainda que tardiamente. Explico melhor.

Na essência, o preceito do art. 13, inciso IV, da Lei Processual Penal, encontra uma barreira intransponível na Constituição Federal - CF, que conferiu novos contornos privativos à atuação do *parquet* no processo penal pátrio.

Compreendo que o caráter assistemático do processo penal decorre de uma anomalia genética em seu nascedouro, tendo em conta que sua espinha dorsal está assentada num viés de inspiração nitidamente autoritário, oriundo do período do então Presidente da República Getúlio Vargas, que governava o país com mão-

<sup>1</sup> O autor é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Bacharel em Economia pela UESC. Mestre em Direito pela UPAP. Professor da UNIME. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

<sup>2</sup> Cabe lembrar que a lei de interceptações telefônicas, por exemplo, não prevê hipótese de manifestação do Ministério Público ao pedido intentado pela Autoridade Policial, só devendo ser cientificado o *parquet* da decisão que conceder ou denegar tal pedido, muitas vezes, muito tempo depois, dado o asoberbamento de serviços nos cartórios criminais.

de-ferro, sendo esta norma que instituiu o Código de Processo Penal, o Decreto-lei nº. 3.688/41 - instrumento jurídico esse utilizado pelo Poder Executivo de forma ilegítima, uma vez que usurpara a função do Congresso Nacional, que havia sido fechado pelo próprio Governo Vargas<sup>3</sup>, e mesmo depois de reaberto estava completamente submisso ao Poder Executivo, não estando alinhado com os parâmetros constitucionais erigidos pela Carta Republicana de 1988, colorida com matizes democráticos (e de seu caráter tolerante), pluralista e de respeito à dignidade da pessoa humana, princípios estes estampados dentre aqueles batizados como fundamentais, que erigem a estrutura de todo o Estado brasileiro.

Essa vertente autoritária, permeada desde o núcleo embrionário do *Codex Instrumental Repressivo*, redundou em conferir a Autoridade Policial, que servia de sustentáculo ao sistema, legitimidade para abrir processo por contravenções, seja por auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria, tal como ainda se encontra inserto no art. 26 do Código de Processo Penal – CPP, embora não se saiba o porquê que não foi revogado expressamente pela recente reforma processual penal.

Todavia, é ponto pacífico, que não encontra respiradouro nos ares democráticos advindos da Lei Fundamental vigente, ante a incompatibilidade patente entre os dois diplomas, e ante o princípio da supremacia constitucional, podendo-se afirmar que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição da República, inclusive, tendo o Supremo Tribunal Federal já decidido diversas vezes nesse sentido.

Esse mesmo caminho era trilhado nos processos referentes a lesões corporais leves, que podiam ser iniciados pela autoridade judicial e policial, por meio de portaria ou auto de prisão em flagrante, consagrado como procedimento judicialiforme, prestigiando um sistema inquisitorial, onde se confundia a figura do acusador com a do julgador, além de investigador, algo reminescente na reforma processual penal, uma vez que preservou a possibilidade do juiz se imiscuir na prova, tal como se encontra a redação do Art. 156 do CPP. A gestão da prova deve ficar a cargo do Ministério Público, que é o órgão de acusação. Em existindo dúvida, deve haver a absolvição, como preconiza o art. 386, inciso VI, do CPP.

Destarte, tais paradigmas hoje estão superados, são páginas viradas na longa história do processo penal brasileiro, inaugurou-se uma nova quadra, optando, nitidamente, o legislador constituinte de 1988 por um sistema acusatório, onde não se misturam a função de investigar, acusar e julgar. Pacificamente, a função de acusar cabe ao Ministério Público (art. 129, I, CF).

## **2. Fundamentação**

### **2.1. A acessoriedade do processo penal cautelar**

É ponto incontroverso na doutrina processual de nosso país, que o processo cautelar é acessório, e, como, de acordo com adágio assente no mundo jurídico, o acessório segue o destino do principal, não vejo outro rumo a seguir, senão aquele que reconhece a capacidade privativa postulatória ao Ministério Público, inclusive no âmbito referente ao processo cautelar.

---

<sup>3</sup> Em que pese entenda o autor que o Decreto-lei nº. 3.688/41 tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária, tal como exige o art. 22, inciso I, do Texto Supremo.

Impende notar, que o processo cautelar penal ainda está sistematizado de forma deficiente, em que pese o esforço do legislador da Lei nº 12.403/2011, daí porque o Código de Processo Penal, diferentemente do Código de Processo Civil, não traz um livro exclusivo para tratar da matéria, sendo totalmente assistemático, estando disciplinada a matéria em diversas leis, dentre elas a Lei nº. 7.960/89, nos arts. 319 e 320 do CPP, a Lei Complementar nº. 105/01, Lei nº. 9.296/96, sendo que muito já se avançou em relação à prisão preventiva, sendo a prisão em flagrante hoje considerada como medida pré-cautelar, pois só resiste até o exame do art. 310 do CPP.

Elenca no capítulo reservado às provas, uma típica medida cautelar, que é a busca e apreensão, tal como prevista no Art. 240 e seguintes da Lei Instrumental Repressiva, quando deveria abrir espaço próprio para regulamentar a matéria. Assim também o faz com as medidas cautelares de arresto, sequestro e hipoteca legal, tratando-as simplesmente de “medidas assecuratórias”, em caráter individual, mas não conformando contornos gerais aplicáveis a todas as espécies de ações cautelares.

Também é matéria pacífica na doutrina, que o processo cautelar seria um terceiro gênero,<sup>4</sup> dentre as espécies de processo, não se confundindo com o processo de conhecimento e o processo executório, sem prejuízo de dar frutuosidade a ambos no futuro, ou melhor, tem em mira resguardar direito subjetivo das partes, preservando-se bens, objetos, depoimentos, declarações, até que tais questões sejam decididas no processo de conhecimento ou executório (instrumento do instrumento nas palavras consagrada de Piero Calamandrei).

## 2.2. Imersão na visão constitucional do processo penal

Tendo como marco inaugural o dia 05 de outubro de 1988, ganha-se novas vestes e um novo pensar o processo penal brasileiro, apontando a mudança em direção firme rumo à finalidade de se concretizar um processo acusatório, mas sempre encontrando a natural resistência a mudança pelos conservadores de plantão, portadores dos mais diversos privilégios, mas esse é um caminho irreversível, impedindo de se voltar no tempo pelo princípio que veda a proibição do retrocesso, tal como arquitetado pelo constitucionalista português José J. Gomes Canotilho.

Pois bem, como cabe ao *parquet* acusar, entendo que deve saber o membro do Ministério Público quais são os instrumentos que deve lançar mão para lastrear uma futura pretensão punitiva estatal acusatória segura perante o Estado-juiz, traçando uma linha de planejamento, *ab initio*, de colheita de provas que servirão de lastro para sustentar a provável ação penal, participando ativamente da investigação criminal<sup>5</sup>.

Assim, não pode a Autoridade Policial requerer medidas cautelares diretamente a Autoridade Judicial, muitas vezes, sem o necessário conhecimento do Ministério Público, a pretexto de atrasar a expedição de mandado para cumprimento da medida cautelar, ficando o órgão acusatório absorvido dos contornos da linha investigativa traçada pela Autoridade Policial, sem prejuízo de que toda investigação deverá desaguar, necessariamente, no futuro, no órgão acusador<sup>6</sup>. E, pior, do Ministério Público entender que os rumos tomados

<sup>4</sup> Em sentido contrário, registro, *ex cathedra*, o pensamento de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9, que discorda de tal posicionamento: “o processo cautelar, como se poderá ver, é um segundo gênero de processo, colocando-se em posição oposta à ocupada, em conjunto, pelos processos cognitivo e executivo. Isto porque estes dois tipos de processo podem ser reunidos num único gênero: o dos processos satisfativos, assim entendidos aqueles processos em que o desfecho final normal é capaz de permitir a realização do direito material. Tal realização se dá pela declaração da vontade do direito (processo cognitivo), ou pela realização prática do comando do direito substancial (processo executivo).” Tal pensamento encontra guarida na lição do mestre Barbosa Moreira, que também vê o processo cautelar como um segundo gênero. Embora compreendendo e respeitando o posicionamento e as razões dos renomados mestres, entendo que tais parâmetros não sejam adequados ao processo criminal.

<sup>5</sup> Compartilho da mesma linha de raciocínio desenvolvida pelo STJ, que deu origem ao entendimento sumulado 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”

<sup>6</sup> Outro problema grave que aponto, refere-se à falta de previsão legal de comunicação da prisão flagrante ao Ministério Público. Embora tenha previsão na Lei Complementar Estadual nº. 11, de 18 de dezembro de 1996, que institui o Ministério Público do Estado da Bahia, entendo que tal previsão embora não seja inconstitucional, dado a competência do Estado Federado para legislar sobre procedimento, tal como se encontra

pela investigação foram equivocados, e, não poder requerer a colheita das provas que entende sejam as indispensáveis a sustentar uma boa acusação, uma vez que o estado das coisas encontra-se modificado, sendo o processo uma marcha visando atingir seu fim último que é a sentença, sem retrocessos a fases suplantadas pelo tempo, em decorrência do fenômeno processual da preclusão.

É que falta capacidade postulatória a Autoridade Policial, que não é parte no processo penal, e está terminantemente proibida de advogar, tal como vaticina a Lei nº. 8.906/94 em seu art. 28, inciso V, o impede de desempenhar tal papel no processo penal moderno.<sup>7</sup> E, como enfatiza farta doutrina, a capacidade postulatória é falta de pressuposto processual subjetivo de validade do processo<sup>8</sup>, devendo o juiz, *ab ovo*, indeferir tal pedido com fundamento no Art. 395, inciso II, da Cártula Adjetiva de Iras, que se aplica ao processo cautelar em caráter subsidiário, dado o vácuo normativo nesse sentido.

E tanto a Autoridade Policial não possui capacidade postulatória, que se o Juiz indeferir tal pedido, por exemplo, de uma decretação da prisão preventiva, não pode a Autoridade Policial recorrer amparada no Art. 581, inciso V, CPP, utilizando a fórmula do recurso em sentido estrito, pois caso se admitisse tal manejo pela Autoridade Policial estaria se instituindo, para se usar a expressão criada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, e tão em voga ultimamente, um verdadeiro “Estado policialesco”. Em tal caso, somente quem poderia recorrer é o Ministério Público, que é parte legítima no processo penal cautelar, visando se desincumbir do encargo consignado no Art. 127, *caput*, do texto constitucional, de defesa da ordem jurídica, exercendo uma necessária fiscalização sobre os atos praticados pelo Estado-juiz, visando a pôr limites ao poder conferido ao mesmo (sistema de freios e contrapesos – *checks e balances*).

É preciso inverter o ângulo que é analisado o processo penal brasileiro, sendo necessário, em qualquer caso concreto, proceder-se à filtragem constitucional. Ante o princípio da supremacia da Constituição, devemos filtrar a letra do Código de Processo Penal ao que dispõe a nossa Lei Maior, e existindo incompatibilidade o intérprete não deve ter dúvida de aplicar com prevalência os preceitos constitucionais, dado sua envergadura hierárquica.

Nesse segmento, invoco o escólio de Paulo Ricardo Scheir, que assim sedimenta a matéria:

“Com a filtragem constitucional fala-se da proeminência normativa da Constituição, pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativa-lingüística e também material”<sup>9</sup>.

---

disposto no Art. 23, inciso XI, CF, é de todo inócua, pois a quase unanimidade os delegados de polícia desconhecem essa regra, e, segundo, porque não existe nenhuma punição quanto ao seu descumprimento, sugerindo-se que ao Ministério Público, por meio da sua Associação Nacional, que encaminhe anteprojeto de lei no sentido de incluir o Ministério Público dentre aqueles órgãos que devem ser comunicados da prisão em flagrante, servindo-se do Senador Demóstenes Torres, DEM-GO, que é procurador de justiça licenciado naquele Estado, até mesmo porque recentemente foi promulgada a Lei nº. 11.449, de 16 de janeiro de 2007, acrescentando o § 1º ao Art. 306, CPP, incluindo a necessária comunicação a Defensoria Pública, caso o flagranteado não decline o nome de seu defensor. Nesse ponto, o promotor de justiça parece marido traído, é sempre o último a saber do ocorrido. Registro aqui que trabalho com uma Juíza de Direito que ao receber os autos de comunicação da prisão em flagrante, determina ao cartório que seja autuado, e imediatamente, concede vista ao Ministério Público, porém, como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, o Ministério Público não pode ficar a mercê da boa vontade dos juízes.

<sup>7</sup> Esclarece de forma profícua o tema Fredie Didier Jr.: “A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas, como nas hipóteses do art. 36 do CPC, dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários mínimos), das causas trabalhistas e no *habeas corpus*” in. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral e processo de conhecimento. 6 ed. Salvador: Podivm, 2006, p. 208.

<sup>8</sup> Por todos, trago a lume as palavras do precursor da matéria BÜLLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003, p. 58, com suas profícuas palavras: “O representante processual, segundo a fórmula, atua uma pretensão que embora na verdade originariamente pertença a seu principal, na atualidade corresponde a ele mesmo; uma pretensão que, por meio do *mandatum actionis*, isto é, a transferência do direito de demandar, e pela listiscontestação foi transmitida do principal ao procurador. Quando o demandado, mediante uma *exceptio procuratória* – “*ei non mandatum esse, ut debitum exigeret*” [que não lhe foi dado mandato que exija a dívida], questionava aquele transpasse da pretensão jurídica em litúgio ao atual demandante; sua exceção era puramente uma de legitimação substancial”. Em relação ao processo penal, o Delegado de Polícia estaria a articular mera pretensão material e não processual.

<sup>9</sup> SCHEIR, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor,



Assevera ainda o ilustre autor: “Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades sociais, política e econômica”.<sup>10</sup>

Dentro da perspectiva até aqui traçada, pode-se afirmar que a Constituição passa a ser o filtro por onde passa a ser relida toda a ordem normativa infraconstitucional, incluindo a processual penal, sem embargo de não existir hierarquia entre regras e princípios, e lembrando que com a nova interpretação constitucional não significa abandono do método subsuntivo, pois todo sistema de ponderação parte de uma base normativa, norma essa que admite uma multiplicidade de interpretações, inclusive, a subsunção.

Assim, faço uso das palavras de Luís Roberto Barroso para explicar a interpretação constitucional, quando diz: “A interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade.”<sup>11</sup> E no contexto social em que estamos inseridos, já passou do momento do Ministério Público assumir seu papel como parte acusadora no processo penal, inclusive, no processo cautelar.

Especificamente, o Código de Processo Penal deve ser interpretado sempre em consonância com os ditames constitucionais, sendo inaplicável naquilo que for colidente com os mesmos. *In casu*, entendo que o dispositivo do art. 13, inciso IV, CPP, que confere legitimidade aos Delegados de Polícia fazerem tais requerimentos de medidas cautelares, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, bem como vislumbro que as outras previsões normativas que consignam tal legitimidade, acima citados em leis esparsas, posteriores a Constituição padecem do vício de inconstitucionalidade, sob o aspecto material, pois incompatível com o substrato que confere a legitimidade da ação penal ao Ministério Público, não possuindo a Autoridade Policial o necessário *jus postulandi*, devendo-se adequar o mundo do direito a realidade social e cultural que a ele permeia e o condiciona.

No direito comparado, na Alemanha e na Itália, por exemplo, quando na investigação se depara com a necessidade de restrições dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos objetos de investigações, o Ministério Público poderá efetuar, excepcionalmente, mandado de busca e apreensão, mandado de prisão temporária, de autorização de interceptação telefônica, etc., de forma precária e provisória, com prazo de validade de 2 ou 3 dias até que seja confirmada ou reformada pelo Judiciário<sup>12</sup>. Porém, a regra é que sejam decretadas pela Autoridade Judicial.

---

1999, p. 106.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p 12.

<sup>12</sup> No Código da Alemanha, no § 100 II do StPO – Strafprozess Ordnung (Código de Processo Penal), cuja autorização de escuta emitida pelo Ministério Público deve ser confirmada pelo Juiz no prazo de 3 dias (Die von der Staatsanwaltschaft verfügte Beschlagnahme tritt, auch wenn sie eine Auslieferung noch nicht zur Folge gehabt hat, außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird. - O Ministério Público ordenará a apreensão e ocorrerá, mesmo que tenham uma extradição, se ainda não foi seguido, salvo quando não é confirmada dentro de três dias); e da Itália, no art. 267-2 do Codice di Procedura Penale, cuja autorização de escuta pelo Ministério Público deve ser confirmada pelo Juiz no prazo de 48 horas (Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati. - Em casos de urgência, quando há um motivo justificado para supor que o atraso seja causado graves danos para o inquérito, o ministério público tem motivado a intercepção por decreto, que deve ser notificado imediatamente e no prazo máximo de vinte e quatro horas a um juiz indicado no n.º 1. O juiz, dentro de quarenta e oito horas após a decisão, decidir sobre a validação motivados por decreto. Se o decreto do Ministério Público não está validado no prazo estipulado, a interceptação não pode ser continuada e os resultados que não podem ser utilizados).

### 2.3. Da adoção do sistema penal acusatório em nosso processo penal após a Constituição de 1988 em consonância com os demais sistemas do mundo

Não podemos perder de vista que nosso sistema é regido pela forma acusatória, onde se separa, de forma bem nítida, a função de investigar, acusar e julgar. A transformação ocorreu somente após o advento da Constituição Federal de 1988, que por meio de seus princípios consagrou tal sistema. O que se está a dizer é o seguinte: o Ministério Público não está querendo assumir a função de investigar, mas sim a de acusar, de preparar a prova futura para uma iminente ação penal pública frutífera, obedecendo todas as regras do jogo quanto à colheita legal da melhor forma possível da prova, que sirva de lastro a acusação.

E para que exista sistema acusatório de fato, é preciso que: a) a pretensão acusatória seja feita e sustentada por uma pessoa distinta da pessoa do juiz; b) exista publicidade de todo o procedimento<sup>13</sup>; c) que seja regido pela oralidade; d) que exista paridade absoluta de direitos e de poderes para a acusação e o imputado; e) exclusão de qualquer liberdade do juiz na colheita da prova, para a qual ele é cobrado; f) alegação da prova pelas partes – acusação e defesa; g) liberdade pessoal do acusado para que a sentença se torne ou não irrevogável (direito de recorrer ou não da sentença).<sup>14</sup>

Observa-se que a criação de um órgão público, distinto do Poder Judiciário, responsável pela defesa do interesse público de combate a criminalidade, visando a se preservar a necessária imparcialidade do juiz durante a persecução criminal, é medida indispensável num Estado que se diz Democrático de Direito, é esse órgão, sem nenhuma dúvida é o Ministério Público.

Esse raciocínio está em perfeita harmonia com o que prega Luigi Ferrajoli, quando afirma: “De todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma *nullum iudicium sine acusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico. Ela comporta não só diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de *parte* – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do *distanciamento* do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos *ônus da contestação e da prova* atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo”.<sup>15</sup>

No sistema acusatório, somente o Ministério Público pode requerer medidas cautelares urgentes visando ao esclarecimento das investigações. Assim também se verifica na Alemanha, é o que conta Claus Roxin,

<sup>13</sup> Esse posicionamento foi adotado pela edição da súmula vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte redação: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

<sup>14</sup> GUARNIERE, Carlo. *Pubblico Ministero e Sistema Politico*. Cedam, 1984, p. 126, *apud* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 28.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454-455.

em obra talhada a seis mãos: “O Ministério Público decide não apenas sobre o início e o fim das investigações, mas também sobre o fluxo do processo de investigação no caso concreto. O Ministério Público é o “senhor” do processo de investigação. Entretanto, *meios coercitivos* como a coleta de uma amostra de sangue ou a apreensão do veículo do crime somente podem ser ordenados pelo Ministério Público e seus auxiliares em casos urgentes. De acordo com a lei, meios coercitivos que intervenham de modo incisivo nos direitos fundamentais devem ser ordenados, em princípio, pelo juiz”.<sup>16</sup>

Desta forma, o Promotor de Justiça tem a missão de investigar e coletar os meios e evidências do delito, não devendo ficar enxergando o mundo criminal apenas com os olhos da polícia. Dentro de um sistema acusatório, onde cabe defender a sociedade contra a criminalidade, sistema que em diversos lugares perdeu a sua característica mais contundente, do Ministério Público dirigir e coordenar a investigação com seriedade e integrabilidade, que somente o Promotor de Justiça pode realizar.<sup>17</sup>

#### 2.4. Da impossibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz

As justificativas mais plausíveis para a participação do Ministério Público no processo penal acusatório são duas: 1) a pretensão de garantir a efetividade da *persecutio criminis*, ou, para impor o dever de investigar e perseguir todos os fatos com aparência delituosa; 2) Preservar à imparcialidade do juiz, algo inexistente no sistema inquisitivo.<sup>18</sup>

De outra parte, como o juiz pode deferir medidas cautelares de ofício, como a prisão preventiva (art. 311, CPP), e como faleceria tal capacidade postulatória a Autoridade Policial para requerer tal medida, apesar de estar expresso no mesmo dispositivo legal, pela interpretação constitucional acima mencionada facilmente se vê a não recepção de tal dispositivo pela Carta Política, o juiz estaria decretando medidas cautelares sem provocação, a exemplo do que ocorre no processo eleitoral quando o juiz indefere pedido de registro de candidatura a partir de informações trazidas por cidadãos, aos quais se nega legitimidade para ajuizar ação de impugnação de registro de candidatura, ferindo frontalmente o princípio da imparcialidade do juiz, em ambos os casos. O que certamente não está em harmonia com o sistema acusatório.<sup>19</sup>

Quando o juiz atua de ofício, deixa de proceder com a necessária imparcialidade para o julgamento da causa, com a indispensável equidistância dos fatos e das provas produzidas na fase inquisitorial, deixa de ser garantidor de direitos e assume o papel de acusador, o que não se coaduna com o sistema acusatório. Nesse sentido,

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, ARTZ, Gunther & TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 171.

<sup>17</sup> Do mesmo entendimento MENDRONI, Marcelo Batlouni, *ob. cit.*, p. 88. Em outro ponto da obra acentua o eminente autor: “Como o Ministério Público é o órgão incumbido de iniciar uma ação penal, e para tanto tem que analisar as circunstâncias do fato até então trazidas aos autos; sendo o Ministério Público o órgão imparcial, como ideologicamente tem que ser, nada mais coerente que seja incumbido de trabalhar na direção da coleta das evidências, observando os princípios processuais referidos, de forma a adiantar a demonstração da existência do fato delituoso, preservando assim, como possa, a nitidez e a originariedade das proas.” p. 91.

<sup>18</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 30.

<sup>19</sup> Nos conta o respeitado jurista Alberto Bovino. *Problemas de derecho procesal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998, p. 25, que fere a imparcialidade do juiz a decretação da prisão preventiva de ofício, pois: “Si algún contenido es esencialmente intrínseco al principio acusatorio, por otro lado, éste es la necesidad del requerimiento del ministerio público para iniciar el procedimiento, es decir, se trata de una exigencia que impide que el tribunal dé inicio, de oficio, a la investigación, o someta a proceso al imputado. La acusación penal, señala BARRIKNTOS PEÜECER, corresponde al ministerio público: “El propósito es claro, el juez no puede proceder, por regla general, por iniciativa propia ni investigar o poner en marcha e impulsar el proceso a menos que el Estado, a través de un órgano independiente al Judicial lo inste”. Este requisito es tan determinante del principio acusatorio que es respetado aun por algunos códigos más antiguos -v. gr., el CPP Córdoba 1939-1970, el CPP federal argentino-. **El único órgano estatal que puede habilitar una medida de tal trascendencia procesal es el titular de la acción, el ministerio público, y sin su requerimiento, el juez no puede tomar decisiones de tal magnitud en el proceso que, por lo demás, son impropias del poder judicial.**” (sem grifos no original).

o jurista portenho Alberto Bovino, vem a nosso socorro, quando destaca:

“En un modelo en el cual el juez decide sobre la necesidad de iniciar la investigación, de procesar al imputado o de detenerlo preventivamente, la confusión de facultades requirentes y decisorias impide al tribunal actuar imparcialmente, pues en esos casos el juez decide sobre la *necesidad* y sobre la *legalidad* de la medida - generalmente persecutoria- que él mismo dicta. Independientemente del hecho de que la persecución penal no es, ni podría ser, una tarea propia del poder judicial -con lo cual se afectaría la división de poderes-, lo cierto es que se coloca en manos del juez una tarea imposible: actuar en representación del interés persecutorio y, al mismo tiempo, controlar la legalidad de sus propias decisiones que son expresivas de ese interés. Así, esa tarea le impone la obligación de intervenir a favor de la protección de intereses contradictorios que siempre se hallan em conflicto”.<sup>20</sup>

De longa data, já afirmava Francesco Carrara que dentre as funções do Ministério Público está sem dúvida àquela de proceder todas as investigações, o que é feito por meio das medidas cautelares, que lastrearão a futura ação penal pública. Dizia o mestre: “Os direitos do Ministério Público se resumem, principalmente, nas seguintes facultades: exercer a ação penal, quando necessária, a detenção do réu: fazer todos os *requerimentos* e perguntas, e promover, **sem restrições, todas as investigações**, interrogatórios, medidas e providências que considerem úteis à descoberta da verdade e ao serviço da justiça; provocar as designações para a consideração da causa; desenvolver na audiência, até o encerramento dos debates, as suas conclusões tanto sobre o mérito como sobre incidentes; replicar à defesa para a retificação dos fatos que tenham sido alterados por ela ou em razão das novas exceções de direito que ela tenha proposto; promover a execução da sentença, absolutória ou condenatória; e cuidar da sua correção, quando para isso possua os meios legais e considere violada a lei. Todas as atribuições ulteriores, com que se pretende enriquecer este ofício, ou são inutilmente embaraçosas, ou perigosas invasões de poderes, por natureza pertinentes às esferas superiores da Magistratura, que deve ser independente. Os seus precípuos *deveres* são a imparcialidade e a frieza; deve, sobretudo, ser cauto em não confundir o zelo pela condenação com o zelo pela justiça”.<sup>21</sup>

### 3. Conclusões ou proposta do enunciado

O processo penal democrático brasileiro ainda se encontra em fase embrionária, necessitando de um maior espectro para se lidar com estes problemas, concluindo que seria um bom começo a assunção da legitimidade postulatória ativa privativa nos processos cautelares criminais, por parte do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública. Todavia, devido ao fato que a grande maioria da clientela criminal tem pouca visibilidade social, por circunstâncias óbvias, não se tem percebido o necessário interesse por parte da política criminal pátria no sentido de progredir para se intentar uma solução legislativa nesse sentido, que certamente urge.

Como representante do Estado na atividade acusatória, no sentido de dar início e impulsionar a ação penal, é natural que o Ministério Público atue nos atos tendentes a busca e exame das fontes de provas e dos requerimentos ao Poder Judiciário dos atos relativos às medidas cautelares, para com isso ter o fundamento necessário para a propositura da ação penal.<sup>22</sup>

Eventualmente, na hipótese de desídia ou inércia do membro do Ministério Público, tal função

<sup>20</sup> BOVINO, Alberto. *Problemas de derecho procesal contemporáneo*. Buenos Aires: Del puerto, 1998, p. 18.

<sup>21</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Parte Geral. Vol. II. Campinas: Lzn, 2002, p. 348-350.

<sup>22</sup> Em reforço ao pensamento aqui esposado MENDRONI, Marcelo Batlouni, *ob. cit.* p. 95-96.

caberia a vítima, porém, sempre secundado com o conhecimento do órgão ministerial, que agiria como *custus legis*, assim como se verifica da ação penal privada subsidiária, numa espécie de controle dos atos praticados pelos membros do Ministério Público, podendo o *parquet* assumir seu desiderato posteriormente em caso de abandono ou morte por parte da vítima.

Coerente com a linha de raciocínio aqui desenvolvida, entendo propícias as seguintes proposições, tentando superar as mazelas e distorções de antanho, apontadas no corpo deste trabalho, passando a se visualizar raízes que sedimentem um processo penal mais consentâneo com um sistema acusatório:

1. Como o Procurador-Geral da República é um dos co-legitimados para propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, que se refere à norma anterior a vigência da Constituição Federal em confronto com a mesma, disciplinado o procedimento pela Lei nº. 9.882/99, e dizendo respeito a um processo objetivo, manejando um dos instrumentos do controle abstrato de constitucionalidade, deve-se perquirir a incompatibilidade da vigência do art. 13, inciso IV, CPP, com o Art. 129, inciso I, CF, chegando-se a fatal conclusão da não recepção pelo texto constitucional de tal regra, atribuindo a tal decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, podendo se atribuir um efeito pro futuro, visando obtemperar os operadores do direito com o novo entendimento;

2. Enquanto isso, que seja formulado de um requerimento administrativo ao Conselho Nacional de Justiça pelo órgão de classe do Ministério Público – CONAMP, para que recomende aos Juízes de Direito que indefiram os requerimentos formulados por Delegado de Polícia de pedido cautelares criminais, considerando a patente falta de capacidade postulatória, que é pressuposto processual de validade do processo, com o intuito que seja dado um passo efetivo na maturação de um processo penal acusatório;

3. Que seja elaborado pelo órgão de classe – CONAMP, um anteprojeto visando a se alterar a legislação processual penal, no sentido de incluir o Ministério Público entre os órgãos que a Autoridade Policial deve comunicar a prisão em flagrante, sob pena de crime de desobediência, além da imposição de multa diária por dia da falta de comunicação ao Ministério Público, a ser arbitrada pela Autoridade Judiciária, de forma motivada;

4. Elaboração de um anteprojeto de lei, visando a se conferir nova redação ao Art. 26, CPP, aduzindo expressamente que a Autoridade Policial não possui legitimidade para a propositura de qualquer pedido judicial, inclusive, os referentes a pedidos de medidas cautelares penais afetos as suas atribuições;

5. Que os promotores de justiça no caso concreto, sempre que se manifestarem em processos cautelares submetidos à sua apreciação, cujos pedidos tenham sido formulados por Delegados de Polícia, requeiram o reconhecimento da falta de capacidade postulatória a Autoridade Policial, pedindo que seja indeferido tal pedido cautelar em função da falta de pressuposto processual subjetivo, necessário a formação válida do processo cautelar, na forma do Art. 395, II, CPP, usado no processo cautelar de forma subsidiária. Ou para quem entenda que o Ministério Público seja o dono da lide, ou seja, titular do direito da relação de direito material discutida, já que é parte necessária e criada pelo legislador para se evitar a vingança privada, pode requerer que seja reconhecida a ilegitimidade de parte, a impertinência subjetiva da ação, parafraseando Alfredo Buzaid, que é condição da ação penal, merecendo o mesmo destino, sendo indeferida a petição inicial cautelar, nos termos do Art. 395, II, CPP, e, ainda que recebida, pode ser posteriormente contestado tal vício ante a ilegitimidade ativa da causa, que é motivo ensejador da nulidade prevista no Art. 564, inciso II, CPP.

6. Proposta de enunciado: **“Todas as representações da Autoridade Policial deverão ser dirigidas ao Ministério Público fundamentadamente, e existindo lastro probatório suficiente, acolherá as ponderações e postulará tais pretensões perante o juízo competente, dada a falta de capacidade postulatória da Autoridade Policial.”**

#### 4. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOSHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penal**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Vol I. .7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Ação Penal Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. v. 1. 5.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000.
- MARTY, Mireille Delmas (org). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.
- ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad.: Diego-Manuel Luzón Peña *et alli*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.
- SCHEIR, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

## **II - ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS**

# ***O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GUARDIÃO SUPREMO DO DIREITO DOS ANIMAIS***

*SALOMÃO ISMAIL FILHO*

O Ministério Público, com alicerce nos arts. 5º, § 2º, 127, caput, e 225, § 1º, Inciso VII todos da CF/1988, deve atuar, judicial e extrajudicialmente, em defesa do indisponível Direito dos Animais, coibindo, de forma gradativa, o sacrifício gratuito de espécie animais, como mamíferos e aves, sem qualquer aproveitamento útil (para fins de saúde, alimentar ou de segurança).



**XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**TEMA – “OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA ERA DIGITAL”**

**ÁREA DE INTERESSE: CÍVEL E ESPECIALIZADAS**

**TESE: “O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GUARDIÃO SUPREMO DO DIREITO DOS ANIMAIS”**

SALOMÃO ISMAIL FILHO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Justificativa 2. Conclusões. 3. Proposta de Enunciado. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A proteção jurídica dos animais apresenta-se, em nosso sentir, como importante corolário do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, *caput*, da Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a defesa dos animais, máxime as espécies com sistema nervoso e cerebral mais desenvolvidos, de práticas abusivas e destrutivas, as quais possam lhes causar sofrimentos desnecessários ou mesmo a morte.

Apresentar o Ministério Público como guardião supremo do nascente direito dos animais, em razão da sua condição de defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, é o objetivo principal desta tese jurídica.

## **1-JUSTIFICATIVA**

Primeiramente, é importante aduzir, a Magna Carta de 1988 (arts. 5º, § 2º, *c/c* 225, *caput*) trata o meio ambiente como um direito humano fundamental, dispondo que 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.

Nesse passo, o art. 225, § 1º, inciso VII, da CF/88, dispõe que a proteção à fauna e à flora é um instrumento para dar efetividade ao direito ao meio ambiente, sendo vedadas práticas que coloquem em risco a função ecológica; provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldades.

O Código Civil de 2002 trata os animais como coisa, que pode ser apropriada pelo ser humano e objeto de penhor (arts. 82, 936; 1.313-II e 1.442-V).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. MBA em Gestão do Ministério Público pela UPE. Especialista e Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (tese depositada).

Ou seja, no ordenamento brasileiro, em princípio, os animais não são sujeitos de direito, mas objeto do direito de outrem.

Parece-nos relevante, neste ponto, que se comece a pensar, em determinadas relações jurídicas, os animais sejam vistos não como objeto, mas como sujeitos de direito. Afinal, o direito à vida não pode ser reservado somente à espécie humana, pois há animais capazes de expressar sentimentos, de sofrer inclusive danos psíquicos e não apenas físicos.<sup>3</sup>

Quando se proíbe o sofrimento gratuito de determinadas espécies de animais, máxime os mamíferos, dado o seu desenvolvimento cerebral e medular, o principal beneficiado do ato é o próprio animal e não o seu proprietário.

A propósito, o art. 3º, item 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos animais de Companhia proíbe que sejam eles inutilmente submetidos à dor, ao sofrimento ou à angústia.<sup>4</sup>

Dentro de tal linha de pensamento, o Parlamento da França, em 28.01.2015, alterou o Código Civil daquele país europeu e passou a considerar os animais como seres sencientes (capazes de sentir) e não como mera coisa, objeto ou propriedade de outrem. Por corolário, os animais não mais são definidos pelo seu valor de mercado, mas sim por um valor próprio, intrínseco, tal como sujeitos de direito.<sup>5</sup>

Por isso, a importância de um maior controle no abate animal, evitando práticas que causem às espécies sofrimentos inúteis e desnecessários, como muitas vezes ocorre em matadouros, onde se matam bovinos ou caprinos a marretadas, com vários golpes em suas cabeças, por exemplo. O consumo da carne de determinados filhotes de mamíferos, como leitões e bezerras, apenas para deleite do paladar humano, também precisa ser repensado.

Apenas para exemplificar a proteção jurídica outorgada aos animais, no Brasil, o art. 32 da Lei 9.605, de 12.02.1998, considera como crime o ato de abusar, maltratar, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. A pena é detenção, de três meses a um ano, além de multa. Poderá ser aumentada de um sexto a um terço, acaso ocorra morte do animal.

Demais, incorre na mesma pena quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo que para fins didáticos ou científicos, quando se comprova que havia recursos alternativos os quais poderiam evitar tal experimentação (art. 32, § 1º, da Lei 9.605/1998).

---

<sup>2</sup> A propósito, Maria Helena Diniz considera os animais como móveis, mas, por terem movimento próprio, também são chamados de semoventes. Conforme, DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 122.

<sup>3</sup> Nesse sentido, o entendimento de DIAS, Edna Cardoso Dias. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1, nº 1, p. 119-121, 2006.

<sup>4</sup> PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (Portugal). Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dec13-1993.pdf>>. Acesso em: 25.07.2015.

<sup>5</sup> A propósito, consulte-se: AVANCINI, Alex. Em decisão histórica, França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. **ANDA**: agência de notícias de direitos animais. São Paulo, 03 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/03/02/2015/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes>>. Acesso em: 10.02.2015.

Nesse sentido, importante fazer menção à Lei nº 11.794, de 08.10.2008, que regulamentou o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais.

Em tal norma jurídica, ficou definido que a utilização de animais em atividades educacionais deve se restringir a estabelecimentos do ensino superior e estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica (art. 1º, § 1º).

Além disso, nos termos do art. 14, o animal somente poderá ser submetido às intervenções recomendadas nos protocolos dos experimentos que constituem pesquisa ou programa de aprendizado quando, antes, durante e após o experimento, receber cuidados especiais, conforme estabelecido pelo CONCEA (Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal).

A lei parte do pressuposto de que se deve evitar o sofrimento desnecessário do animal, devendo práticas ou experimentos que causem dor ou angústia no animal desenvolver-se sob sedação, analgesia ou anestesia.

O número de animais utilizados em tais experimentos deve ser o mínimo possível e a repetição de experimentos traumáticos deve ser evitada (art. 14, §§ 3º ao 5º).

No mais, impende arguir que a Resolução nº 1027, de 18.06.2013, do Conselho Federal de Medicina Veterinária, proíbe o corte de cauda e orelhas de cães para fins estéticos, além de vedar a amputação de unhas de gato (onicectomia) e a cirurgia para a retirada das cordas vocais dos cães (cordectomia).<sup>6</sup>

A respeito da prática da eutanásia, é importante reiterar que os animais submetidos a ela são seres sencientes, portanto, capazes de sentir, interpretar e responder a estímulos dolorosos e ao sofrimento.

Deveras, em nosso sentir, a destruição/sacrifício de um animal não pode ultrapassar os limites de necessidade e segurança, pois, do contrário, passa a ser bestialidade.

A propósito, a Lei 11.794/2008, no art. 14, § 1º, dispõe que, no caso de experiências científicas, o animal deve ser submetido a eutanásia, sob estrita obediência às prescrições pertinentes a cada espécie, conforme as diretrizes do Ministério da Ciência e Tecnologia, sempre que, encerrado o experimento ou em qualquer de suas fases, apresente-se como tecnicamente recomendado aquele procedimento ou estiver a ocorrer intenso sofrimento para o ser.

Se não for o caso de eutanásia, o animal, após a conclusão do experimento científico, poderá, mediante a observância de determinados critérios, ser destinado a pessoas idôneas ou a entidades protetoras de animais devidamente legalizadas, que por eles queiram responsabilizar-se (§ 2º do art. 14 da Lei 11.794/2008).

---

<sup>6</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **CFMV proíbe o corte de cauda em cães para fins estéticos**. Disponível em: <<http://www.cfmv.org.br/portal/destaque.php?cod=1243>>. Acesso em: 22.07.2015.

Para o Conselho Federal de Medicina Veterinária, através da Resolução nº 1000, de 17.05.2012 (art. 3º), a eutanásia somente pode ser indicada no animal mediante a observância das seguintes condições:

- 1) o bem-estar do animal estiver comprometido de forma irreversível, sendo um meio de eliminar a dor ou o sofrimento, os quais não podem ser controlados por meio de analgésicos, de sedativos ou de outros tratamentos;
- 2) o animal constituir ameaça à saúde pública;
- 3) o animal constituir risco à fauna nativa ou ao meio ambiente;
- 4) o animal for objeto de ensino ou pesquisa;
- 5) o tratamento representar custos incompatíveis com a atividade produtiva a que o animal se destina ou com os recursos financeiros do proprietário.

Demais, conforme o art. 4º da Resolução CFMV nº 1000/2012, são princípios que devem nortear a prática de eutanásia em animais, dentre outros: respeito aos animais; ausência ou redução máxima de desconforto e dor; ausência ou redução máxima do medo e da ansiedade; ausência ou mínimo impacto ambiental e ausência ou redução máxima de impactos emocional e psicológico negativos no operador e nos observadores.

E como fica a questão do sacrifício de animais para fins religiosos?

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se tolerado tal prática, bastante frequente em religiões de matriz africana, invocando-se o direito fundamental à liberdade de crença, nos termos do art. 5º, inciso VI, da CF/88.

Não obstante, é preciso que se entenda que direito fundamental algum é absoluto, sendo necessário que o seu exercício seja harmonizado com outros direitos fundamentais, também válidos e existindo simultaneamente no mesmo sistema jurídico.

É fato que o art. 5º, inciso VIII, da Magna Carta, determina que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa, mas a 2ª parte da mesma norma jurídica ressalva que tal direito não pode ser utilizado para se eximir de obrigações a todos imposta.

E o respeito à vida e à integridade física dos animais é uma obrigação que todos devem observar, *ex vi* do art. 225, § 1º, inciso VII, da CF/1988, que veda práticas as quais submetam os animais a crueldades!

Nesse passo, o sacrifício gratuito de espécie animais, como mamíferos e aves, sem qualquer aproveitamento útil (para fins de saúde, alimentares ou de segurança), deve ser, gradativamente, combatido pelos órgãos públicos, máxime o Ministério Público, guardião da ordem jurídica e defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988).

Defendemos aqui não a mera repressão, mas o debate construtivo a respeito do tema, através de audiências públicas e campanhas de conscientização, propondo-se, por exemplo, que, em vez do sacrifício, o animal seja doado para instituições de defesa animal ou de caridade.

O papel do Ministério Público, portanto, na defesa dos animais, é de extrema relevância. É preciso que os Promotores de Justiça, em determinados fatos jurídicos, passem a compreender os animais como seres sencientes, vindo, assim, a tomar as providências necessárias para prevenir ou vedar práticas que estejam a causar sofrimentos desnecessários nas espécies animais mais desenvolvidas.

Assim, compreendendo-se o animal não como mera coisa, mas como um ser passível de expressar sentimentos e que, em tese, possui o direito de não ser molestado desnecessária e abusivamente, há que se admitir que possuem eles direitos, em determinadas situações fáticas.

E o principal órgão que deve invocar e defender tais direitos, conforme o art. 127, *caput*, da Magna Carta de 1988, é o Ministério Público, o qual atua, judicial e extrajudicialmente, em nome do indisponível direito dos animais, os quais não podem expressar a sua vontade no sistema jurídico brasileiro.

## 2-CONCLUSÕES

1. O art. 225, § 1º, inciso VII, da CF/88, dispõe que a proteção à fauna e à flora é um instrumento para dar efetividade ao direito humano ao meio ambiente, sendo vedadas práticas que coloquem em risco a função ecológica; provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldades. Por corolário, devem ser vedadas práticas que submetam os animais a crueldades ou à morte física, somente para o deleite de prazeres humanos, sem vinculação aos termos necessidade ou sobrevivência.
2. Embora o Código Civil brasileiro trate os animais como objeto e não como sujeitos de direito, é importante que se comece a pensar, em determinadas relações jurídicas, os animais sejam vistos não como objeto, mas como sujeitos de direito. Quando se proíbe o sofrimento gratuito de determinadas espécies de animais, máxime os mamíferos, dado o seu desenvolvimento cerebral e medular, o principal beneficiado do ato é o próprio animal e não o seu proprietário.
3. O sacrifício gratuito de espécie animais, como mamíferos e aves, sem qualquer aproveitamento útil (para fins de saúde, alimentares ou de segurança), deve ser, gradativamente, combatido pelos órgãos públicos, máxime o Ministério Público, guardião da ordem jurídica e defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988).
4. Nos termos dos arts. 5º, § 2º, 127, *caput*, e 225, § 1º, inciso VII, todos da CF/1988, ao Ministério Público cabe atuar, judicial e extrajudicialmente, em defesa do indisponível direito dos animais, os quais não podem expressar a sua vontade no sistema jurídico brasileiro.

## 3-PROPOSTA DE ENUNCIADO

1. O Ministério Público, com alicerce nos arts. 5º, § 2º, 127, *caput*, e 225, § 1º, inciso VII, todos da CF/1988, deve atuar, judicial e extrajudicialmente, em defesa do indisponível direito dos animais, coibindo, de forma gradativa, o sacrifício gratuito de espécie animais, como mamíferos e aves, sem qualquer aproveitamento útil (para fins de saúde, alimentar ou de segurança).

## REFERÊNCIAS

AVANCINI, Alex. Em decisão histórica, França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes.

**ANDA:** agência de notícias de direitos animais. São Paulo, 03 fev. 2015. Disponível em:

<<http://www.anda.jor.br/03/02/2015/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes>>. Acesso em: 10.02.2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **CFMV proíbe o corte de cauda em cães para fins estéticos**. Disponível em: <<http://www.cfmv.org.br/portal/destaque.php?cod=1243>>. Acesso em: 22.07.2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Edna Cardoso Dias. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**.

Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, ano 1, nº 1, p. 119-121, 2006.

PRADA, Irvênia. **A questão espiritual dos animais**. São Paulo: FE Editora, 2011.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (Portugal). Gabinete de Documentação e Direito Comparado.

Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dec13-1993.pdf>>. Acesso em: 25.07.2015.

***DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO PARA ATUAR  
PERANTE O SISTEMA DA ONU E O  
SISTEMA INTERAMERICANO DE  
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS***

*SALOMÃO ISMAIL FILHO*

O Ministério Público do Estado possui legitimidade para atuar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, através do exercício do Direito de Petição, com a finalidade de denunciar graves omissões e/ou violações recorrentes aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, ocorridas no seu âmbito territorial de atuação.

**XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**TEMA: “OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA ERA DIGITAL”**

**ÁREA DE INTERESSE: CÍVEL E ESPECIALIZADA**

**TESE: “DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO PARA ATUAR PERANTE O SISTEMA DA ONU E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS”**

SALOMÃO ISMAIL FILHO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Justificativa 2. Conclusões. 3. Proposta de Enunciado. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A afirmação do Ministério Público como principal defensor dos direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, deveras, deve ser efetivada através da ampliação dos seus horizontes de atuação em prol da dignidade da pessoa humana, princípio vetor de todo o sistema.<sup>2</sup>

Nesse passo, apresenta-se como de extrema importância que o MP de um Estado da Federação brasileira possa, outrossim, atuar nos sistemas de proteção internacional aos direitos humanos, seja através da ONU (Organização das Nações Unidas), seja através da OEA (Organização dos Estados Americanos).

Apresentar uma proposta a respeito de tal tema é o objetivo desta tese jurídica.

## **1-JUSTICATIVA**

Conforme o art. 1º, incisos II e III, da Magna Carta de 1988, a República Federativa tem como fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Demais, o Brasil, em suas relações internacionais, tem como um dos princípios a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da CF/1988).

O Ministério Público, por sua vez, é o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988).

Nesse sentido, temos por corolário a possibilidade de que o MP de cada Estado da Federação brasileira detém legitimidade para representar perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e a

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. MBA em Gestão do Ministério Público pela UPE. Especialista e Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (tese depositada).

<sup>2</sup> No entender de Jorge Miranda, o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio e nem mesmo a soberania popular pode ir de encontro a ele, pois jamais haverá respeito à vontade popular, se não houver respeito pela dignidade humana. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV: Direitos fundamentais, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 199-214.



Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em defesa da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana, expressados através de direitos de liberdade e/ou sociais.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral da ONU adotou dois pactos internacionais sobre os direitos humanos, os quais tinham por objetivo especificar e garantir o reconhecimento dos direitos proclamados na Declaração Universal de 1948.

Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foram adotados através da Resolução nº 2200 A (XXI), de 16.12.1966. Tais textos, contudo, entrariam em vigor somente em 03.01.1976 (PIDCP) e em 23.03.1976 (PIDESC), quando foram ratificados pelo mínimo de 35 Estados.

Instrumentalizam tais pactos, permitindo o recebimento de queixas a respeito da violação de direitos humanos, o Protocolo Facultativo ao PIDCP, de 16.12.1966, e o Protocolo Facultativo ao PIDESC, de 10.12.2008.

Infelizmente, o Brasil, embora seja signatário dos dois pactos supramencionados, somente ratificou o protocolo facultativo ao PIDCP, em 25.09.2009. Quanto ao protocolo facultativo ao PIDESC, ainda não o fez, sendo imprescindível que o Governo Federal o faça, a fim de possibilitar o mais amplo acesso dos cidadãos brasileiros ao sistema internacional de defesa dos direitos humanos das Nações Unidas.

Destaquemos, ainda, o sistema americano de proteção aos direitos humanos.

A Convenção Americana de Direito Humanos foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, na Costa Rica.

Em seu preâmbulo, no primeiro parágrafo, o chamado “Pacto de São José da Costa Rica” incorpora a tese da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, ao proclamar que os Estados signatários têm como propósito consolidar a democracia no continente americano, a partir de um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundamentado no respeito aos direitos humanos essenciais.

Com o escopo de conseguir a adesão dos Estados Unidos da América,<sup>3</sup> o Pacto de São José da Costa Rica não possui artigos sobre os direitos humanos de projeção social clássicos, como saúde, educação e alimentação.<sup>4</sup>

Conforme o art. 26 da Convenção, os direitos sociais seriam tratados em um protocolo à parte, o qual apenas viria a ser aprovado quase vinte anos depois, pela XVIII Assembleia Geral da OEA (Organização dos Estados Americanos), na Convenção Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, consulte-se COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

<sup>4</sup> Não obstante, até a presente data, os Estados Unidos da América jamais ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora tenham assinado a Convenção em 06.01.77. Do lado oposto, se assim podemos falar, Cuba sequer assinou o Pacto de São José da Costa Rica. *Vide*: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif\\_.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif_.htm)>. Acesso em: 24.07.2015.

A Convenção de São Salvador (protocolo dos direitos sociais) foi ratificada pelo Brasil em 08.08.1996<sup>6</sup> e promulgada mediante Decreto Presidencial em 30.12.1999.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência contenciosa e consultiva ampla, albergando, os direitos de liberdade e os considerados direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Protocolo ao Pacto de São José da Costa Rica.<sup>7</sup>

Não obstante, somente a Comissão Interamericana e os Estados-partes têm acesso à Corte, que atua de forma subsidiária, acaso não resolvida a questão no âmbito da Comissão Interamericana. Os indivíduos e ONGs (Organizações não governamentais) têm acesso apenas à Comissão Interamericana (arts. 44 e 61, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos).<sup>8</sup>

O que defendemos, nesta tese jurídica, é que o Ministério Público Estadual tem legitimidade para postular perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, a fim de denunciar graves omissões e/ou violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, ocorridas no seu âmbito territorial de atuação.

No âmbito do sistema de proteção aos direitos humanos das Nações Unidas, onde não existe ainda uma Corte Internacional específica para a proteção aos direitos humanos, é possível a apresentação de queixas, exercendo o direito de petição, ao Comitê de Direitos Humanos, através de pessoas ou grupos de pessoas.

O Ministério Público, na sua condição de substituto processual e legitimado extraordinário para atuar em nome da sociedade (arts. 127, *caput*, e 129 da CF/88),<sup>9</sup> em casos de violação a direitos sociais e individuais indisponíveis, poderá fazer tais representações perante o Comitê de Direitos Humanos, até porque o art. 2º do Protocolo facultativo ao PIDESC admite que possam ser recebidas comunicações por pessoas ou grupos de pessoas, inclusive sem o consentimento expresso, desde que o autor comprove que possa atuar em nome delas sem tal consentimento.

---

<sup>5</sup> GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

<sup>6</sup> Conforme, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>>. Acesso em: 22.07.2015.

<sup>7</sup> Sobre tal aspecto, importante mencionar a posição de Carlos Urquilla que defende, com firmeza, a judicialidade direta e ampla dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do Sistema Americano de proteção dos direitos humanos. Lembra o referido autor que o art. 19.6 do Protocolo de São Salvador precisa ser interpretado em conjunto com o art. 77.1 (cláusula de abertura que permite a inclusão de novos direitos) da Convenção Americana de Direitos Humanos, permitindo uma inclusão mais ampla dos direitos sociais no sistema americano. URQUILLA, Carlos. **La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales**. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 105-107 e 195-197.

<sup>8</sup> As vítimas de violações de direitos humanos somente podem participar dos processos na Corte Interamericana, na qualidade de assistentes do autor, após a propositura da demanda por meio de um dos legitimados. Consulte-se a respeito DEZEM, Guilherme Madeira. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: procedimento e crítica. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (organizadoras). **Proteção internacional dos direitos humanos**, coleção doutrinas essenciais, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1153.

<sup>9</sup> Consulte-se, a propósito, o art. 18 do novo CPC, Lei 13.105, de 16.03.2015. No mesmo diapasão, a respeito da substituição processual do *Parquet* e da sua legitimação alicerçada na Constituição: GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público como substituto processual**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>>. Acesso em: 15.05.2015.

Importante destacar que, no âmbito dos direitos civis e políticos, o Comitê de Direitos Humanos da ONU já vinha admitindo o recebimento de queixas por organizações ou terceiras pessoas, as quais representassem os indivíduos que tivessem os seus direitos violados.<sup>10</sup>

A mesma lógica vale para o sistema americano de proteção aos direitos humanos, onde o art. 44 do Pacto de São José da Costa Rica admite que pessoas, grupos de pessoas ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas possam apresentar à Comissão de Direitos Humanos da OEA queixas ou denúncias referentes a direitos previstos na referida Convenção.

Embora o Ministério Público não seja uma ONG - e sim uma instituição pública - a sua autonomia administrativa perante qualquer dos Poderes do Estado e a independência funcional dos seus membros equiparam-no a uma entidade sem vínculos comprometedores com o Estado/país a ser representado.

Evidentemente, para tais representações deverá o membro do *Parquet* observar os demais requisitos de admissibilidade do sistema de proteção aos direitos humanos da ONU e da OEA, como não estar o fato submetido à apreciação de outros organismos internacionais, além do esgotamento das vias jurisdicionais internas, salvo se o julgamento dos recursos processuais se prolongar indefinidamente ou não haver a possibilidade de discussão jurídica sobre o direito humano em questão.<sup>11</sup>

Destacamos, ainda, que, a atuação do Ministério Público de um Estado da Federação brasileira não se limita apenas ao Poder Judiciário, mas também a qualquer outra esfera decisória, estatal ou não, nacional ou internacional, onde possam ser defendidos os direitos da sociedade local.

Em momento algum, a Constituição de 1988 limita a atuação do *Parquet* dos Estados a somente organismos de natureza judicial. Até porque, o art. 127, *caput*, da Magna Carta, quando coloca o MP como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis não diz que tal defesa será feita somente perante o Poder Judiciário local.

É importante destacar a natureza da atuação do MP dos Estados Federados, o qual atua, justamente, de forma ampla, para fazer valer os direitos fundamentais e os ditames constitucionais no âmbito dos Estados da Federação brasileira. Muito relevante, pois, que, uma vez verificada uma grave omissão ou ofensa a direito humanos e não obtido respaldo no âmbito jurisdicional e/ou extrajudicial interno, possa a entidade pública responsável ser representada pelo membro do *Parquet* perante os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

## 2-CONCLUSÕES

1. O Ministério Público do Estado possui legitimidade para postular perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e perante o Comitê de Direitos Humanos

---

<sup>10</sup> Conforme, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

<sup>11</sup> Conforme o art. 5º, § 2º, do Protocolo Facultativo ao PIDCP; o art. 3º, itens 1 e 2, do Protocolo Facultativo ao PIDESC, e o art. 46, itens 1 e 2, do Pacto de São José da Costa Rica.

das Nações Unidas, a fim de denunciar graves omissões e/ou violações recorrentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, ocorridas no seu âmbito territorial de atuação.

2. Deverá ser requerido ao Governo Federal que, no prazo mais rápido possível, ratifique o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – Resolução nº 63/117 da Assembleia Geral da ONU, de 10.12.2008.

### 3-PROPOSTA DE ENUNCIADO

1. O Ministério Público do Estado possui legitimidade para atuar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, através do exercício do direito de petição, com a finalidade de denunciar graves omissões e/ou violações recorrentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, ocorridas no seu âmbito territorial de atuação.

### REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>>. Acesso em: 22.07.2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. Acesso em: 04.02.2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: procedimento e crítica. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (organizadoras). **Proteção internacional dos direitos humanos**, coleção doutrinas essenciais, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1141-1163.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público como substituto processual**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>>. Acesso em: 15.05.2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV: Direitos fundamentais, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

URQUILLA, Carlos. **La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales**. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

***A EFETIVIDADE DA INDENIZAÇÃO  
PUNITIVA POR DANOS SOCIAIS  
A PARTIR DE BANCO DE DADOS  
NACIONAL DE AÇÕES CIVIS  
PÚBLICAS E DE COMPROMISSOS  
DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA  
FIRMADOS PELO MINISTÉRIO  
PÚBLICO BRASILEIRO***

*MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES*

Considerando as limitações das funções da indenização por ilícitos reiterados dos Agentes Econômicos e buscando evitar o fracionamento de demandas individuais consumeristas, propõe-se a a efetividade da Pena Civil a partir de um Banco de Dados Nacional de Ações Civis Públicas e de TAC'S.

**A efetividade da indenização punitiva por danos sociais a partir de banco de dados nacional de ações civis públicas e de compromissos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público brasileiro**

**Marcelo de Oliveira Milagres**  
**Promotor de Justiça/MG**

**Comissão II – Áreas cível e especializadas**

**1. Síntese dogmática da proposição**

Em tempos de novas e dinâmicas tecnologias, afigura-se imprescindível a criação de um banco de dados nacional das ações civis públicas e dos compromissos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público brasileiro, viabilizando-se a efetividade da indenização punitiva por danos sociais causados por comportamentos reiterados e abusivos dos agentes econômicos e afastando-se, assim, além das faltas lucrativas, o argumento da punição excessiva ou de múltiplas condenações.

**2. Fundamentação da proposição**

Na era de intensas mutações, de superações e de revisitações, de crises de paradigmas, de desafios e de possibilidades, apresenta-se sempre renovado e atual o debate acerca da atuação ministerial na ordem econômica, particularmente no âmbito das relações de consumo.

A teor do art. 127 da Constituição da República e do art. 176 do Código de Processo Civil de 2015, o Ministério Público não mais se apresenta como *custos legis*, mas sim como parte atuante e como *custos societatis*. O paradigma do fiscal da lei – dissociado de normas, princípios e valores da ordem jurídica – parece superado pela necessidade de contextualização e inserção do Ministério Público nas dinâmicas sociais.

No âmbito dessas dinâmicas, destacam-se as trocas econômicas. Se a economia não pode determinar as relações sociais, não se vislumbra a possibilidade dessas relações sem o acesso a bens e coisas os mais diversificados.

Porém, como efetivar uma regulação da relação de consumo em face de uma economia de intensa velocidade e de inúmeros serviços? O próprio conceito de “consumidor” permanece objeto de intensos debates. No Brasil, os tribunais têm contribuição decisiva na construção dessa política, ampliando e restringindo a extensão desse conceito que, entre nós, alcança a pessoa jurídica.<sup>1</sup>

Contemporaneamente, a aquisição de produtos parece ser superada pela utilização ou fruição de serviços. Comercializam-se ideias, imagens, conceitos, acessos.<sup>2</sup> Do consumidor de crédito ao de tecnologias, as discussões se acrescem. Ao contrário do Código do Consumo italiano, o brasileiro define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Nesse contexto, a noção de propriedade é superada pela complexa relação de acessibilidade, o imaterial se sobrepõe à matéria, o intangível parece ser a tônica de um mercado em que as relações sociais se

<sup>1</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 541867, Resp. 733560; Resp. 1196951.

<sup>2</sup> Cf. RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. Trad. Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2004.

apresentam como *commodities*. Mas a geração “ponto-com” coexiste com a geração do produto, da coisa, do corpóreo. As diversas manifestações de consumo merecem abordagens distintas.

E como o Ministério Público brasileiro se coloca diante desse debate?

A partir da crise do paradigma reparatório em face da perspectiva das faltas lucrativas por parte dos agentes econômicos, questiona-se a possibilidade da inserção, entre nós, da indenização punitiva por danos sociais.<sup>3</sup> Ou, noutro dizer, questiona-se a possível aplicação do *punitive damages*.

Segundo Nelson Rosenthal,<sup>4</sup> “a sanção punitiva é uma demonstração de que, pela potestade dos privados, o direito civil pode ser chamado a realizar tarefas de proteção a interesses difusos e coletivos, transcendendo as esferas estritamente individuais”.

O Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> já reconheceram a possibilidade de aplicação da indenização com caráter punitivo.

Na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado 379, segundo o qual “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Entretanto, o ponto de maior discussão parece ser a aplicação irrestrita dessa indenização punitiva, considerando, sobretudo, a impossibilidade de o agente econômico sofrer diversa condenação pelo mesmo fato. Explico.

Uma grande sociedade empresarial pode, de forma reiterada e abusiva, praticar o mesmo ilícito em desfavor de diversos consumidores, seja na mesma ou em diversas comarcas, ou até em diferentes Estados brasileiros – ou seja: o dano pode ter dimensão local, regional ou nacional. Nesse sentido, um Órgão de Execução ministerial, com atribuições em determinada comarca, formulando uma ação civil pública, poderia, além da reparação-compensação dos danos, formular pretensão de indenização punitiva. Igualmente, outro Órgão de Execução poderia agir contra a mesma sociedade empresarial e pelos mesmos fatos, considerando a sua repercussão em outro local. Nesse caso, uma das teses de defesa dessa sociedade empresarial seria a inaplicabilidade da tutela punitiva ao argumento da vedação do *bis in idem*. Não se discutiria a reparação-compensação de consumidores diversos – afastando-se a litispendência –, mas sim a aplicabilidade da punição por mais de uma vez, visto que o seu pressuposto é a reiteração da conduta abusiva.

Uma possível solução para esse problema seria a implementação de banco de dados nacional das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público brasileiro e dos termos de ajustamento de conduta firmados, porquanto possibilitaria o controle de possível incidência múltipla da pena civil a um mesmo agente econômico.

Assim adverte Nelson Rosenthal:

[...] a *ratio* da pena civil não corresponde a da condenação pelos danos coletivos. Para a fixação do valor decorrente dos danos metaindividuais, leva-se em consideração a extensão do dano e a sua gravidade em termos de perda econômica e existencial para a coletividade. Já no que diz respeito à pena civil, volta-se os olhos especialmente à pessoa do ofensor, ou seja, ao seu comportamento doloso ou

<sup>3</sup> Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padua, 2004, ano 5, v. 19.

<sup>4</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.

<sup>5</sup> INFORMATIVO DO STF n.º 364, 4 a 8 de outubro de 2004.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.171.826/RS, j. 17.05.2011, e Resp 768.783/RS, j. 25.09.2007.

gravemente culposo e a sua capacidade econômica, elementos estes que não são considerados por ocasião da compensação de danos, sejam estes individuais ou coletivos, em que o foco está na(s) vítima(s).<sup>7</sup>

Nesse contexto, propõe-se a viabilidade da função punitiva da indenização a partir do reconhecimento e do controle da reiteração delitiva dos agentes econômicos. Com efeito,

[...] a viabilidade do manejo da *class action* para a estipulação de pena civil elimina uma série de questionamentos jurídicos relacionados à fixação de sanções punitivas localizadas em ações individuais anteriores ou futuras, pois na demanda coletiva os efeitos da sentença seriam aplicáveis para toda aquela classe de vítimas, sem que se instale controvérsias sobre oscilações de valores condenatórios (maior para uns e menor para outros); a preclusão do direito de uma ou outra vítima, ou mesmo a possibilidade de múltiplas condenações conduzem o ofensor à situação falimentar ou de insolvência civil.<sup>8</sup>

A proposição ganha importância, inclusive, em face do veto ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015, que previa a conversão da ação individual em coletiva, ampliando-se a tutela jurisdicional de direito e interesses metaindividuais e evitando-se o fracionamento de demandas individuais.

### 3. Enunciado/Conclusão

Nesse sentido, propõe-se o seguinte enunciado/conclusão:

Considerando as limitações das funções reparatória/compensatória da indenização por ilícitos reiterados dos agentes econômicos e buscando evitar o fracionamento de demandas individuais consumeristas, propõe-se a aplicabilidade e a efetividade da pena civil (função punitiva da indenização) a partir de um banco de dados nacional de ações civis públicas e de compromissos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público brasileiro.

### 4. Referências bibliográficas

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004, ano 5, v. 19.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista da Ajuris*. São Paulo: Ajuris, 2005, ano 32, n. 100.

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98/99.

<sup>8</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.



A EFETIVIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANOS SOCIAIS A PARTIR DE BANCO DE DADOS NACIONAL DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E DE COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. Trad. Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2004.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

# ***AMPLA TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL COMO MEIOS DE REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL***

*EDUARDO AUGUSTO CAMBI*

A) é urgente criação e regulamentação do conselho de gestão fiscal, previsto no art. 67 da LC nº 101/2000; e b) o acesso às informações sobre a Execução Orçamentária deve ser, como regra, universal; por isso, o artigo 120 da lei Federal nº 13.080/2015 Merece ser alterado ou receber conforme à CF.

## AMPLA TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL COMO MEIOS DE REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

Eduardo Augusto Salomão Cambi<sup>1\*</sup>

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini<sup>2\*\*</sup>

### 1. Justificativa

Não deve haver segredos na relação entre Estado e sociedade. A transparência, de um lado, se presta a maior organização da Administração Pública e a profissionalização da gestão. De outro lado, destina-se a concretização da *accountability* e, com isso, a maior concorrência entre os agentes do mercado, a melhor distribuição de recursos, a possibilidade da criação de indicadores e da mensuração de desempenho, além da diminuição da burocracia pública, com a ampliação do controle social e a consequente redução dos níveis de corrupção<sup>3</sup>.

Os cidadãos devem ser tratados como *consumidores* de bens públicos, destinatários das políticas e dos serviços prestados pelo Estado. Por isso, a efetividade das políticas públicas indispensáveis à implementação dos direitos fundamentais sociais (art. 6º/CF) depende da disponibilidade de informações aos cidadãos.

Quanto mais amplas, acessíveis e compreensíveis forem as informações a respeito das ações realizadas pelos agentes públicos, mais transparentes são os governos, melhor é a governança pública e menor é a possibilidade de corrupção.

Sem informações adequadas o Estado Democrático de Direito não se realiza. Afinal, somente há verdadeira democracia quando os cidadãos podem pautar suas decisões conforme as informações que lhe forem disponíveis. Aliás, a essência das desigualdades sociais está na *reinvenção da cidadania do excluído*<sup>4</sup>, cuja pobreza é resultado do analfabetismo político, da desinformação e da alienação produzida pelos detentores do poder e que nele se perpetuam às custas da marginalização das minorias.

Pesquisa realizada pelo Movimento Paraná Sem Corrupção, coordenado pelo Ministério Público do Paraná, em novembro de 2014, com 2.728 estudantes do ensino médio da rede pública paranaense, revela que 68,40% dos entrevistados, com idade entre 16 e 18 anos, não se interessaram em fazer o título de eleitor. A pesquisa também mostrou que metade dos entrevistados (49,90%) não sabia o que é a Constituição Federal, além de 86,55% nunca terem feito uso de algum portal de transparência e 81% deles jamais terem utilizado a Lei de Acesso à Informação.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública 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). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

<sup>2</sup> Procurador de Justiça no Estado do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Professor do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”.

<sup>3</sup> FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: *Corrupção e sistema político no Brasil*. Coord. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011. p. 133.

<sup>4</sup> DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. Campinas: Autores associados, 2002. p. 35.

A baixa participação popular e o precário controle social da Administração Pública estão relacionados a diversos fatores como a ausência de educação para o exercício da cidadania<sup>5</sup>, a falta de uma cultura de transparência e a não aplicação efetiva tanto da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) quanto da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011).

Para o enfrentamento dessas questões, apresenta-se oportuna, dentre outras soluções, a instituição do Conselho de Gestão Fiscal, que prevê a participação do Ministério Público em sua composição, e a implementação do acesso universal para o controle da execução orçamentária, estimulando a participação popular e democrática na gestão pública.

## 2. A necessidade de criação do Conselho de Gestão Fiscal

A Lei Complementar nº 101, publicada em 04 de maio de 2000, acaba de completar 15 (quinze) anos. Trata-se de uma lei importante, pois impôs a responsabilidade na gestão fiscal, exigindo dos entes federativos ação planejada e transparente para se prevenirem riscos e corrigir desvios capazes de levar ao desequilíbrio nas contas públicas. Tal lei inova ao limitar gastos tanto para as despesas do exercício (prevendo contingenciamentos e limitação de empenhos) quanto para o grau de endividamento. Prevê o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, bem como a obediência a limites e condições para a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição de restos a pagar.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também promoveu a transparência nos gastos públicos, obrigou os entes federativos a apresentar detalhes das finanças aos Tribunais de Contas e institucionalizou os portais da transparência, com a ampla divulgação em meios eletrônicos de acesso público, para estimular o controle social.

Entretanto, o Conselho de Gestão Fiscal, destinado ao acompanhamento e a avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal, com a presença de representantes de todos os Poderes, do Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, nunca saiu do papel. A *cultura da transparência* se impõe, a fim de que a busca pelo bem comum se dê com a participação integrada de diversas entidades públicas e do fortalecimento do controle social.

Nesse sentido, o artigo 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal criou o Conselho de Gestão Fiscal – constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade – para realizar o acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal<sup>6</sup>. Dentre os propósitos específicos desse Conselho Gestor, está a disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e na execução dos gastos públicos, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal, mas também na adoção de regras de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e

---

<sup>5</sup> CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwidge Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. *Revista Judiciária do Paraná*, vol. 9, maio/2015, p. 207-227.

<sup>6</sup> “Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: I - harmonização e coordenação entre os entes da Federação; II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal; III - adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social; IV - divulgação de análises, estudos e diagnósticos. § 1º O conselho a que se refere o caput instituirá formas de premiação e reconhecimento público aos titulares de Poder que alcançarem resultados meritórios em suas políticas de desenvolvimento social, conjugados com a prática de uma gestão fiscal pautada pelas normas desta Lei Complementar. § 2º Lei disporá sobre a composição e a forma de funcionamento do conselho”.

demonstrativos de gestão fiscal, normas e *standards* mais simples para os pequenos Municípios, além dos necessários ao controle social.

Ocorre que, passados mais de 15 (quinze) anos da sanção da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Conselho de Gestão Fiscal não foi efetivamente criado nem, tampouco, adveio lei específica para dispor sobre a composição e a forma de seu funcionamento. Ao contrário, tramita no Senado Federal o PLS 141/2014 que, na sua exposição de motivos, procura justificar a não criação do referido Conselho com a redação original do artigo 67 da Lei Complementar nº 101/2000. Afirma que, ao prever que a sua composição se dará “*por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade*”, cria um número muito grande de Conselheiros, o que dificultaria a obtenção de *quórum* para a realização de reuniões, bem como tornaria muito difícil definir quais seriam os representantes dos Poderes Legislativos e Executivos Municipais e Estaduais. Por isso, o PLS 141/2014 propõe a remoção da obrigatoriedade extensa e paritária dos entes e poderes da federação, sugerindo que a composição do Conselho deva ser definida por legislação ordinária.

O PLS 141/2014, além de não avançar na real criação do Conselho de Gestão Fiscal, retrocede, ao propor a modificação do *caput* do artigo 67, o qual prevê, expressamente, a participação de representantes da sociedade civil neste Conselho. Tal projeto de lei apenas relega à lei ordinária a composição do Conselho de Gestão, sem assegurar o mais amplo e efetivo controle social na gestão fiscal.

Para que se tenha maior eficiência na gestão pública e maior efetividade das políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro, é preciso desenvolver uma *nova cultura não estatal de controle*<sup>7</sup>. Não basta, para tanto, aprimorar a máquina estatal. É indispensável permitir ao próprio cidadão fiscalizar e participar das decisões coletivas. Ampliar o controle democrático não estatal é uma forma de compensar as falhas do controle administrativo-burocrático. Tanto isso é importante que, em cidades onde a participação e o controle sociais do orçamento público são maiores, mais eficiente é a atuação do Estado. Essa terceira via, entre os controles administrativo-burocrático e judicial, deve ser o caminho para reduzir a corrupção sistêmica, enquanto patologia disseminada na política, no mercado e na sociedade brasileiras. Afinal, a corrupção perverte as regras do *fair play*, dissolve o princípio da boa-fé, desestimula a participação social, desacredita as instituições democráticas e promove tendências egoístas de lucro e de poder.

### 3. Acesso universal para o controle da execução orçamentária

Além da efetiva criação do Conselho de Gestão Fiscal, previsto na Lei Complementar nº 101/2000, para o aperfeiçoamento das formas de controle não estatais por representantes de entidades sociais, é preciso assegurar a todos os cidadãos a fiscalização direta do orçamento público.

Atualmente, o controle da execução do orçamento é uma atividade restrita a algumas entidades que podem obter *senhas* de acesso. Assim, prevê o artigo 120 da Lei 13.080, de 2 de janeiro de 2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária, *in verbis*: “Art. 120. Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado aos membros e órgãos competentes dos Poderes da União, inclusive ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público Federal e à Controladoria-Geral da União, o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital: I – SIAFI; II – SIOP; III - Sistema de Análise Gerencial da Arrecadação - ANGELA, bem como as estatísticas de dados agregados relativos às informações constantes das declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, respeitado o sigilo fiscal do contribuinte; IV - Sistema Integrado de Tratamento Estatístico de Séries Estratégicas – SINTESE; V - Sistema de Informação das Estatais – SIEST; VI - SIASG, inclusive ComprasNet; VII - Sistema de Informações Gerenciais de Arrecadação – INFORMAR; VIII - Cadastro das entidades qualificadas como OSCIP, mantido

<sup>7</sup> AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controle democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011. p. 30-31.

AMPLA TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL COMO MEIOS DE REDUÇÃO DOS  
ÍNDICES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

elo Ministério da Justiça; IX – CNPJ; X - Sistema de Informação e Apoio à Tomada de Decisão - SINDEC, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT; XI – SICONV; XII - Sistema de Monitoramento do Programa de Aceleração do Crescimento – SISPAC; XIII - Sistema de Acompanhamento de Contratos - SIAC, do DNIT; XIV - CNEA, do Ministério do Meio Ambiente; XV - Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde – SIOPS; XVI - Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação SIOPE; e XVII - Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro – SICONFI.

Parágrafo único. Os cidadãos e as entidades sem fins lucrativos, credenciados segundo requisitos estabelecidos pelos órgãos gestores dos sistemas, poderão ser habilitados para consulta aos sistemas e cadastros de que trata este artigo”.

Verifica-se que o parágrafo único do artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015, ao exigir que o cidadão seja previamente habilitado para a consulta dos sistemas e cadastros previstos nesta legislação, além de criar um obstáculo injustificado ao exercício da cidadania, fere o direito humano-fundamental à informação.

A informação é um direito humano, reconhecido por importantes organismos da comunidade internacional. Está previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece, nos artigos 10 e 13: “*Cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...), procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter (...) informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública (...)*”.

O item 4 da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão também afirma: “*O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito*”.

Além disso, o artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assevera: “*Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza (...)*”.

No Brasil, o artigo 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal expressa, entre os direitos fundamentais, que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”.

O artigo 37, § 3º, inc. II, da Constituição Federal também preceitua que “*a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especificamente (...) II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII*”.

Ademais, o artigo 216, § 2º, da Constituição Federal atribui “*à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem*”.

Os artigos 5º, inc. XXXIII, 37, § 3º, inc. II, e 216, § 2º, da Constituição Federal foram regulamentados pela Lei 12.257/2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação que, por sua vez, trata da transparência ativa e passiva.

Portanto, o compromisso brasileiro com a busca por transparência, participação social, *accountability* e a prevenção e o combate à corrupção percorreu longo caminho histórico. Foi iniciado com a Constituição Federal de 1988, que assegurou o direito fundamental ao acesso às informações de interesse coletivo ou geral (art. 5º, inc. XXXIII), passou pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), alterada pela Lei Complementar nº 131/2009 (que exigiu que os entes federativos disponibilizassem, por meio eletrônico e em

tempo real, informações pormenorizadas sobre sua execução orçamentária e financeira), e culminou com a Lei 12.257/2012, que regulamentou o artigo 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Interessante observar que o acesso à informação pública não é novidade. Foi regulamentado pela primeira vez, em 1766, na Suécia, cujo artigo 1º, do Capítulo 2, do The Freedom of the Press Act já dispunha: “*A fim de incentivar o livre intercâmbio de opiniões e de esclarecimentos do público cada ‘cidadão’ sueco terá acesso livre aos documentos oficiais*”. O Brasil foi apenas o 189º país do mundo a regulamentar o direito fundamental de acesso às informações públicas, em 2011<sup>9</sup>.

Aliás, em 09 de junho de 2011, antes mesmo da promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.257/2012), o Supremo Tribunal Federal jugou a Suspensão de Segurança nº 3.902-SP, em que sindicatos e associações de servidores públicos buscavam impedir informações funcionais, em sítio eletrônico oficial, inclusive a remuneração. O STF negou a pretensão dos servidores, fazendo prevalecer o princípio da publicidade administrativa, sobre os direitos fundamentais à privacidade, intimidade e segurança de servidores públicos<sup>10</sup>.

É relevante ainda salientar que, pelo Decreto de 15 de setembro de 2001, foi instituído o Plano de Ação Nacional de Governo Aberto, cuja abrangência está prevista no seu artigo 2º (“*O Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto contemplará iniciativas, ações, projetos, programas e políticas públicas voltados para: I - o aumento da transparência; II - o aprimoramento da governança pública; III - o acesso às informações públicas; IV - a prevenção e o combate à corrupção; V - a melhoria da prestação de serviços públicos e da eficiência administrativa; e VI - o fortalecimento da integridade pública. Parágrafo único. O Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto deverá contemplar, prioritariamente, a inserção de iniciativas, ações, projetos, programas e políticas públicas inovadoras*”).

Não há dúvida que o potencial da corrupção é muito maior em regimes políticos fechados, em que a distribuição de recursos e de privilégios acontece de forma autocrática e sigilosa<sup>11</sup>. Em um Estado Republicano, a regra geral deve ser a *total transparência* no acesso às informações e documentos públicos, sendo o sigilo a exceção<sup>12</sup>, sujeita à expressa fundamentação.

Com efeito, o artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015 merece ser alterado ou, no mínimo, admitir interpretação conforme para se tornar compatível com os tratados internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação.

Assim, as informações quanto à execução orçamentária devem ser, como regra, de *acesso público irrestrito*. Não devem ser objeto de senhas nem tampouco, como determina o parágrafo único do referido artigo 120, exigir que o cidadão e as entidades da sociedade civil organizada tenham que se habilitar para a consulta aos sistemas e cadastros. A restrição deve se restringir às informações cujo sigilo forem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Caso contrário, ficaria o cidadão e as entidades sociais submetidas a

---

<sup>8</sup> CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 29-30.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Giovana Benevides Sales. *Manual da lei de acesso à informação pública*. Curitiba: Edição do autor, 2012. p. 5.

<sup>10</sup> “*A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra – falaría Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana*” (STF - SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220- PP-00149).

<sup>11</sup> SCHWARTZMAN, Simon. *Coesão social, democracia e corrupção*. São Paulo/Santiago de Chile: IFHC/CIEPLAN, 2008. p. 29.

<sup>12</sup> STF, MS 28178, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.

critérios nem sempre objetivos e confiáveis dos Administradores Públicos que, simplesmente, poderiam negar ou criar dificuldades não razoáveis ao acesso à informação.

Dessa maneira, o mencionado artigo 120, *caput* e par. ún., da Lei Federal nº 13.080/2015 deveria ter a seguinte redação: “*Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado a todos os cidadãos o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da Lei 12.257/2011: (...). Par. ún.: Os membros e órgãos competentes dos Poderes Públicos, inclusive aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público e às Controladorias-Gerais da União, será assegurado o acesso irrestrito, para consulta, a todos os sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, independentemente do caráter sigiloso dos sistemas ou informações*”.

Por fim, não bastam boas leis se elas não são devidamente aplicadas ou regulamentadas. A Lei Federal nº 12.527/2011 é um importante instrumento para a superação da cultura do sigilo para a do acesso às informações. Contribuiu para que os cidadãos sejam mais conscientes de seus deveres e de seus direitos, para a produção de uma sociedade mais bem informada e para assegurar maior eficiência da Administração Pública em todas as esferas. Entretanto, a Lei de Acesso à Informação somente não é mais efetiva, pois não foi suficientemente regulamentada nem é devidamente aplicada por todos os entes federativos.

Pesquisa realizada pela Equipe Artigo 19 Brasil, entre novembro de 2014 e março de 2015, em 51 órgãos federais dos Três Poderes e do Ministério Público, sobre a transparência ativa e passiva, apurou que 28,5% das respostas recebidas foram incompletas ou não tinham fundamentação adequada. Houve 29% de recursos desses casos e apenas 6,8% dos pedidos não foram respondidos ou tiveram seu acesso negado<sup>13</sup>. Para ampliar a transparência ativa, o estudo concluiu serem necessárias, entre outras recomendações: a criação de seções específicas sobre participação popular e formas de intervenção social nos sites de cada órgão, para melhor aproximar a sociedade civil e o Estado; a divulgação dos mecanismos de participação popular com antecedência adequada e em distintas plataformas de comunicação, inclusive fornecendo a documentação correlata em tempo hábil e linguagem acessível; a divulgação das listas de informações classificadas e desclassificadas; a publicação de relatórios estatísticos sobre os pedidos de informação e outras informações sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação no órgão público, em formato aberto e linguagem acessível; a divulgação, em local acessível, de telefones, endereços eletrônicos e horários das ouvidorias, serviços de informação ao cidadão e outros canais de atendimento; a utilização de glossários e manuais de auxílio para facilitar a compreensão dos dados orçamentários. Por outro lado, para ampliar o cumprimento da transparência passiva, o estudo concluiu serem necessárias entre outras recomendações: a utilização de plataformas eletrônicas de serviço de informação ao cidadão, que possibilitem o acompanhamento do histórico dos pedidos de informação e todos os pedidos de informação pelo usuário; a adaptação dos sistemas de registro de informação para que o cidadão possa apresentar recurso por intermédio do próprio sistema, com a informação inclusive sobre qual o órgão superior competente e o prazo para recorrer; a retirada de qualquer exigência desproporcional de identificação para além do previsto em lei (nome, documento e endereço para resposta) e permissão do envio de pedidos de informação por pessoa jurídica; a adoção de auditorias internas, pesquisas de qualidade com usuários e testes com usuários ocultos; a divulgação de todos os pedidos de informação recebidos, com suas respectivas respostas, preservando dados pessoais dos usuários. Por último, dentre as recomendações de médio e longo prazo para a efetiva implementação da Lei de Acesso à Informação, o estudo concluiu: pela designação de um orçamento específico e adequado que permita o treinamento contínuo dos servidores, direta ou indiretamente, envolvidos na gestão das informações (e não apenas os que integram os serviços de informação e as ouvidorias); a promoção da cultura da transparência e da gestão da informação, com a eliminação progressiva das lacunas de informação existentes, principalmente nos temas de participação popular e programas e projetos que envolvam direitos humanos; a aplicação das sanções previstas na Lei de Acesso à Informação nos casos de seu descumprimento; a criação de

<sup>13</sup> PAES, Bárbara; BALBINO, Fernanda; MARCHEZINI, Joana. Monitoramento da Lei de Acesso à Informação em 2014. São Paulo: Article 19, 2015. p. 7-9 e 49-51.



um órgão independente de monitoramento e aplicação da Lei de Acesso à Informação, com a participação da sociedade civil e a autonomia política em relação aos outros órgãos.

Apesar da Lei de Acesso à Informação ter sido publicada em 18 de novembro de 2011, até maio de 2015, conforme dados levantados pela Controladoria Geral da União, cinco Estados da Federação (Amapá, Amazonas, Pará, Rio Grande do Norte e Roraima) ainda não haviam criado legislação própria para definir regras específicas para o cumprimento da lei. Ademais, com relação aos Municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes (307 no total), apenas 36% (ou 188) deles havia regulamentado a Lei de Acesso à Informação<sup>14</sup>. A não regulamentação da lei dificulta a sua aplicação, pois ela exige que os Estados e Municípios criem, por exemplo, um serviço de informações ao cidadão, em local com condições apropriadas para atender e orientar o público quanto ao acesso às informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar requerimentos de acesso a dados. Não há suficiente informação sobre o cumprimento da Lei de Acesso à Informação sobre os demais Municípios brasileiros, mas é possível supor que a situação seja tão ou mais grave que a apontada em relação aos Municípios maiores que, geralmente, possuem mais condições financeiras para cumprir a legislação.

Preocupado com isso, o Ministério Público do Estado do Paraná instituiu o Projeto Estratégico “Transparência nos Municípios” para buscar a adequação dos portais de transparência das prefeituras e das câmaras legislativas de todos os 399 municípios do Estado do Paraná. Até meados de julho de 2015, foram instaurados 729 inquéritos civis para monitorar a situação de cada município, correspondendo a 91,4% do total de portais a serem fiscalizados. Dentre os procedimentos instaurados, 154 já continham termos de ajustamento de conduta, firmados com 75 prefeituras e 79 câmaras em várias regiões do Estado. Com a finalidade de facilitar a efetivação do direito fundamental à informação pública, o Ministério Público do Paraná, com apoio da Companhia de Tecnologia e Informação e Comunicação do Paraná (CELEPAR), desenvolveu a plataforma tecnológica “Transparência Municípios” ([www.portaldatransparenciamunicipios.pr.gov.br](http://www.portaldatransparenciamunicipios.pr.gov.br)), para proporcionar um modelo gratuito, acessível e adequado às exigências da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

É importante consignar que a Organização Contas Abertas, que monitora portais públicos por todo o país, afirma que para se atingir transparência plena é imprescindível que Estados e Municípios melhorem a *usabilidade*, isto é, a facilidade com que os usuários possam encontrar os dados necessários nos portais de transparência<sup>15</sup>. Conclusão apontada pelo Índice de Transparência de 2014 constatou que absolutamente todos os Estados precisam desenvolver formulários de pesquisa mais completos, que capacitem o usuário a cruzar informações sobre a execução e a classificação orçamentária. A maior parte das consultas ainda são rígidas, divididas em diferentes campos de busca para cada categorização ou com poucos filtros. É com a melhora da *usabilidade* dos portais que a cidadania pode ser aperfeiçoada, ao estimular que qualquer pessoa, mesmo sem um conhecimento mais aprofundado do orçamento público, possa encontrar informações e, com isso, se tornar um efetivo fiscal dos gastos públicos<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>, desviam recursos públicos indispensáveis à implementação de políticas públicas

---

<sup>14</sup> Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11157>. Acesso em 01 de junho de 2015.

<sup>15</sup> Disponível em: <http://indicetransparencia.com/2014/05/31/facilidade-de-navegacao-e-o-ponto-fraco-dos-portais-de-transparencia>. Acesso em 01 de junho de 2015.

<sup>16</sup> Vale ressaltar que, no Brasil, em 2014, havia 12.676 membros do Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal, tendo a população ultrapassado os 202 milhões de habitantes. Considerando que apenas uma parcela menor do total de membros do Ministério Público brasileiro atua na defesa do patrimônio público, sem a ampliação da transparência e do controle social, a corrupção *sistêmica* brasileira não poderá ser debelada nem atingir níveis razoáveis a curto ou médio prazos. Cfr. *Ministério Público: um retrato: dados de 2014*. Volume IV. Conselho Nacional do Ministério Público: Brasília, CNMP, 2015. p. 31 e 273.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011. p. 416.

vinculadas à efetivação de direitos fundamentais sociais, tomam os serviços públicos precários e impedem o desenvolvimento nacional.

### Conclusões

Diante do exposto, para ampliar a transparência e o controle social, como formas de redução da corrupção no Brasil, conclui-se que:

- a) é urgente criação e regulamentação do Conselho de Gestão Fiscal, previsto no artigo 67 da Lei Complementar nº 101/2000; e
- b) o acesso às informações sobre a execução orçamentária deve ser, como regra, *universal*; por isso, o artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015 merece ser alterado ou, no mínimo, admitir interpretação conforme para se tornar compatível com os tratados internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação.

### Referências bibliográficas e jurisprudenciais

- ARAÚJO, Giovana Benevides Sales. *Manual da lei de acesso à informação pública*. Curitiba: Edição do autor, 2012.
- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controle democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220- PP-00149.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 28178, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.
- BRASIL, CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato: dados de 2014*. Volume IV. Conselho Nacional do Ministério Público: Brasília, CNMP, 2015.
- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwidge Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. *Revista Judiciária do Paraná*, vol. 9, maio/2015.
- DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. Campinas: Autores associados, 2002.
- FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: *Corrupção e sistema político no Brasil*. Coord. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.
- PAES, Bárbara; BALBINO, Fernanda; MARCHEZINI, Joana. Monitoramento da Lei de Acesso à Informação em 2014. São Paulo: Article 19, 2015.
- SCHWARTZMAN, Simon. Coesão social, democracia e corrupção. São Paulo/Santiago de Chile: iFHC/CIEPLAN, 2008.

# ***ATIVIDADE EMPRESARIAL E CORRUPÇÃO: CRÍTICA AO MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI 12.846/2013***

*MATEUS EDUARDO BERTONCINI*

Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas, inclusive no que tange ao aperfeiçoamento do sistema jurídico, porquanto em muitas situações ele não se apresenta eficaz para os fins que deveria colimar, quebrando com a máxima popular de que “o Brasil possui leis suficientes, o que falta é a sua aplicação”. Nessa perspectiva, a tese propõe-se a discutir o modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, porquanto no mencionado diploma legislativo não há a previsão da participação do Ministério Público nesse tipo de acordo, seja como proponente seja como fiscal da lei, omissão incompatível com o perfil constitucional e legal da Instituição. Cuida a tese também, das hipóteses de acordo de leniência autorizadas pelo artigo 17 da Lei 12.846/2013, que não se harmonizam com a natureza do instituto, consoante revelado no corpo do artigo. Por fim, discute-se a omissão legislativa referente à não consideração no acordo de leniência das pessoas físicas envolvidas com a prática dos atos lesivos, o que, como se pretende demonstrar, frustra as finalidades da avença e inibe os seus efeitos práticos de combate à corrupção.

## ATIVIDADE EMPRESARIAL E CORRUPÇÃO: CRÍTICA AO MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI 12.846/2013

*Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini<sup>1</sup>\**

*Eduardo Augusto Salomão Cambi<sup>2</sup>\*\**

### 1. Justificativa

O fenômeno da corrupção no Brasil possui raízes históricas no modelo de Estado patrimonial português, em que o soberano comandava seus subordinados como se fossem servidores pessoais, exercendo autoridade como senhor absoluto, proprietário de tudo e de todos, semelhante ao exercício do poder do domínio patriarcal sobre o grupo familiar (ZANCARO, 2012, P. 12).

A História do Brasil é marcada por graves crises éticas, pelo tráfico de influências, manipulação da coisa pública em benefício próprio, distribuição de cargos, benefícios e privilégios, utilização de padrões domésticos de administração dos negócios do Estado, uso de instrumentos de poder para a manutenção das desigualdades sociais, com ênfase no assistencialismo, nepotismo, parasitismo e clientelismo.

O processo de redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988, a crescente participação popular e a consolidação de instituições republicanas contribuem para um novo capítulo da História brasileira contemporânea.

Apesar disso, pelo Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional (Transparency International, 2014), divulgado no final de 2014, dos 175 países avaliados, o Brasil ficou em posição intermediária (69º lugar). Por outro lado, pelo último Índice de Desenvolvimento Humano, publicado em meados de 2014, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Brasil, apesar de ser a oitava maior economia do mundo, ocupa o 79º lugar no ranking mundial dentre os 187 países avaliados (CAMBI, 2014, P. 02).

Em que pese alguns avanços no seu enfrentamento, a corrupção continua sendo um dos graves problemas brasileiros. O desvio de recursos públicos impede a efetivação de direitos fundamentais sociais e atrasa o desenvolvimento nacional obstando o real acesso à cidadania. O Brasil precisa enfrentar o paradoxo de ser a oitava maior economia do mundo, mas ainda possuir baixos índices de desenvolvimento humano. Justiça social não convive com impunidade. São os recursos públicos, pagos pelos contribuintes, que, desviados pelos esquemas de corrupção, faltam para a ampliação dos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura. Além disso, a oportunidade da corrupção se transforma em mais corrupção, quando há impunidade.

Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas, inclusive no que tange ao aperfeiçoamento do sistema jurídico, porquanto em muitas situações ele não se apresenta eficaz para os fins que deveria colimar, quebrando com a máxima popular de que “o Brasil possui leis suficientes, o que falta é a sua aplicação”.

Embora realmente o país seja dotado de um complexo sistema jurídico – inclusive no que diz respeito ao controle da Administração Pública e ao combate à corrupção – essas leis nem sempre são boas o bastante para aparelhar os órgãos de controle de mecanismos realmente eficazes de combate à corrupção. Com efeito, as sanções penais previstas para os crimes da Lei 8.666/1993 são destituídas de cunho preventivo ou repressivo; o enriquecimento ilícito não é uma conduta penalmente tipificada; o modelo de prescrição adotado no Brasil

---

<sup>1</sup> Procurador de Justiça no Estado do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e Coordenador da FEMPAR. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública 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). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

contribui sobremaneira para a impunidade; os Tribunais de Contas são integrados por ministros e conselheiros escolhidos por razões e vínculos políticos; o sistema recursal é complexo em demasia, impedindo a prestação jurisdicional em prazo razoável; a Lei Anticorrupção, foco desse estudo, apresenta deficiências que reduzem a sua efetividade.

O controle da Administração Pública, conforme Medauar (2010, p. 389), “relaciona-se em profundidade com o tema da corrupção. Certo é que mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a Administração, menor seria o índice de corrupção”. Entretanto, “a avaliação de diversos controles institucionalizados no Brasil revela insuficiências e inefetividades” (MEDAUAR, 2010, p. 390).

O acordo de leniência, previsto na Lei 12.846/2013, deve-se submeter às críticas da doutrina. Isso porque não há previsão da participação do Ministério Público; as hipóteses do artigo 17 não se compatibilizam com a natureza do instituto; e as pessoas físicas envolvidas com a prática dos atos lesivos não são alcançadas pela avença, o que frustra as suas finalidades e inibe os seus efeitos práticos.

Partindo da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e do levantamento de dados, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, dialético e crítico do tema pesquisado.

As considerações a seguir visam à reflexão sobre o modelo de acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, cujas conclusões, ao final, objetivam o seu aperfeiçoamento, na perspectiva de estimular a substituição das viciadas e notórias relações existentes entre as empresas privadas e o Estado, por negócios jurídicos informados pelos princípios constitucionais que animam a Administração Pública no Brasil.

## **2. Desenvolvimento**

### **2.1 Conceito de acordo de leniência**

A Lei 12.846/2013 prevê, em seus artigos 16 e 17, o denominado acordo de leniência, assim regulado:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Da leitura desses dispositivos, é possível se afirmar que o acordo de leniência pressupõe um comportamento caracterizado por uma relação de concordância, de colaboração entre os interessados, que ao firmarem a avença apresentam-se dispostos à consecução de fins comuns, protegendo e preservando, de outra parte, os seus próprios interesses (BERTONCINI, 2014, p. 189).

No contexto da Lei 12.846/2013, há o interesse comum do Poder Público e da pessoa jurídica proponente do acordo de leniência, na elucidação do ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira. De outro lado, os interessados também protegem os seus próprios interesses. Enquanto a administração pública, preservando o interesse público, descobre quem são os envolvidos na prática dos ilícitos tipificados no artigo 5º, o que permite a responsabilização dos autores e beneficiários da infração, a pessoa jurídica proponente obtém os favores legais aplicáveis ao colaborador, consistentes na isenção ou na redução das penalidades que lhe seriam aplicáveis no processo administrativo e no processo judicial (BERTONCINI, 2014, p. 190).

Nessa perspectiva, o acordo de leniência pode ser conceituado do seguinte modo:

*É o ato administrativo bilateral e discricionário, firmado entre a autoridade competente nacional ou legitimada a defender a administração pública estrangeira, em razão de proposta formulada em primeiro lugar pela pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à administração pública definidos ou apontados na Lei 12.846/2013, mediante o compromisso de efetiva cooperação na identificação dos demais envolvidos e da obtenção célere de informações e documentos indispensáveis à apuração da verdade nas fases de investigação e do processo administrativo, isentando a proponente de sanções administrativa (publicação extraordinária de decisão condenatória) e judicial (proibição temporária de receber benefícios econômicos do Poder Público), e reduzindo-lhe a multa aplicável no processo administrativo, na senda de combater a corrupção na esfera pública e preservar a leal concorrência entre as pessoas jurídicas privadas (BERTONCINI, 2014, p. 190).*

Embora o modelo pareça interessante, por facilitar o combate à corrupção nas relações entre o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, especialmente as empresas privadas que mantém negócios com o Poder Público, nota-se que a Lei Anticorrupção, na parte que trata do acordo de leniência, omitiu completamente a participação do Ministério Público. Em outras palavras, a Lei 12.846/2013 não legitimou o Ministério Público para a celebração do acordo de leniência, bem assim a sua participação como fiscal da lei nesses acordos. Então, indaga-se: Isso estaria correto? Essa omissão legislativa merece ser superada?

## 2.2 O papel do Ministério Público no combate à corrupção

O artigo 129, incisos I e III, da Constituição Federal, afirma que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, lhe incumbe a promoção privativa da ação penal pública na forma da lei, do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social. A Lei 7.347/1985, no artigo 1º, inc. VIII, incluído pela redação da Lei 13.004/2014, determina ser objeto de ação civil pública a defesa do patrimônio público e social. Por sua vez, o artigo 17 da Lei 8.429/1992 legitima o Ministério Público como o autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. De igual modo, a Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, reservou especial papel ao Ministério Público, legitimando-o, em seu artigo 19, à propositura da especial modalidade de ação civil pública de que trata a Lei (BERTONCINI *et. al.*, 2015, p. 319).

Além disso, quando o Ministério Público não é autor dessas ações, deve officiar como *custos legis*, por força do disposto no artigo 21 da Lei 12.846/2013, pois esses processos seguem o rito da ação civil pública (Lei 7.347/1985), que prevê expressamente a condição de *fiscal da lei* nas ações dessa natureza não propostas pelas Promotorias de Justiça e Procuradorias da República. Também é o Ministério Público o titular exclusivo da ação penal pública, a ser paralelamente movida em face da pessoa natural dos dirigentes, funcionários e empregados da pessoa jurídica. Além disso, os membros do Ministério Público, diversamente do que ocorre com os servidores lotados nas controladorias dos entes federativos, têm assegurado pela Constituição Federal independência e autonomia funcionais (arts. 127, § 1º e 2º, e 128, § 5º, inc. I), o que afasta pressões de ordem política e hierárquica no desempenho da repressão dos atos lesivos ao patrimônio público.

Na perspectiva pretoriana, o poder de investigação e ação do Ministério Público é reconhecido amplamente.

Em decisão de mérito com repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 593.727, 2015) reconheceu poderes investigatórios ao Ministério Público na esfera criminal, desde que respeitados os direitos e garantias de qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob a investigação do Estado, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e também as prerrogativas profissionais dos advogados (art. 7º, incs. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX, da Lei Federal nº 8.906/94), sem prejuízo do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14).

De igual modo, também com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 409.356, 2012), assentou a legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a defesa do patrimônio público. Ainda, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329 (BRASIL, 2006), definindo que “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Do ponto de vista pragmático, são notórios o trabalho e a vocação do Ministério Público no combate à corrupção, sendo a quase totalidade das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa ajuizadas pela Instituição. De outra parte, praticamente inexistem ações dessa natureza propostas pelas pessoas jurídicas lesadas, que também têm pouco utilizado o processo disciplinar. Na prática, quando podem atuar, os órgãos de controle administrativo não funcionam ou funcionam inadequadamente, comportamentos que não recomendam a atribuição privativa gizada no art. 16 da Lei 12.846/2013.

Noutra perspectiva, se o Ministério Público pode investigar e processar civil e criminalmente os autores de atos de corrupção, inclusive as empresas privadas de que trata a Lei 12.846, desempenhando importante papel no controle da administração pública (JUSTEN FILHO, 2009, p. 985), cabe questionar: por que não deveria celebrar ou fiscalizar os acordos de leniência?

Acresce-se que esse tipo de acordo pode ter severos reflexos na própria atuação ministerial, o que recomenda a sua legitimação para a celebração desse tipo de avença, bem como a sua participação como fiscal do acordo, promovendo a sua higidez e prevenindo nulidades impugnáveis judicialmente (BERTONCINI, 2014, p. 204).

Para superar a injustificável omissão legislativa, entende-se conveniente e adequada a reforma legislativa do artigo 16, a fim de atribuir legitimidade ao Ministério Público para a celebração do acordo de leniência, bem como conferir-lhe a condição de *fiscal da lei* nos acordos firmados pela administração pública. A redação poderia ser a seguinte:

*“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e o Ministério Público poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:*

*“§ 11. Não sendo o celebrante, o Ministério Público atuará nos acordos de leniência como fiscal da lei”.*

Essas alterações aumentarão a efetividade que se espera dos acordos de leniência, como instrumento de elucidação dos atos lesivos ao patrimônio público e ao combate à corrupção no Brasil.



### 2.3 Acordo de leniência e as infrações administrativas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos

O artigo 17 da Lei 12.846 estabelece que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com vistas à isenção ou à atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88. Tais dispositivos, que tipificam infrações administrativas, possuem o seguinte teor:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Ocorre que as infrações administrativas definidas, nessas regras contidas na Lei 8.666/1993, dizem respeito a fatos certos – tais como, atraso injustificado na execução do contrato, inexecução total ou parcial do contrato, condenação definitiva por fraude fiscal, prática de ilícitos etc. – e à autoria conhecida, não havendo a necessidade de “identificação dos envolvidos” ou da “obtenção célere de informações e documentos”, fins precípuos do acordo de leniência. Em outras palavras, não há qualquer justificativa para a celebração de acordo de leniência nas hipóteses previstas no aludido dispositivo.

Tal como previsto no artigo 17, o acordo de leniência tem natureza de *perdão administrativo* ou de *atenuante* (BERTONCINI, 2014, p. 220), isentando ou reduzindo as sanções administrativas aplicáveis à empresa contratada que descumprir o contrato administrativo, imunizando-a no processo administrativo da Lei 8.666/1993, o que apenas contribui e estimula a inadimplência de empresas, em detrimento do interesse público, prestigiando-se a ineficiência e a corrupção.

Em última análise, a regra viola o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 99-102) e as normas-princípio do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Conforme Ubirajara Costódio Filho (2015, p. 295-207), o artigo 17 “não resiste ao juízo de constitucionalidade pelo prisma da razoabilidade que integra o princípio constitucional do devido processo legal substantivo/material (*substantive due process of law*)”.



A revogação, portanto, do artigo 17 da Lei 12.846/2013, é medida que se impõe em nome do interesse público.

#### 2.4 A conveniente extensão do rol de beneficiários do acordo de leniência

O acordo de leniência, tal como previsto na Lei 12.846/2013, beneficia somente a pessoa jurídica autora de atos lesivos. Não alcança os seus dirigentes, administradores e empregados, que poderão responder por ato de improbidade administrativa ou crime, caso tenham comprovada participação na prática do ato lesivo atribuído à empresa.

Com essa omissão do legislador, não há qualquer estímulo para a celebração do acordo de leniência, porquanto isso representaria, via de regra, a confissão, o reconhecimento da prática de crime ou de ato de improbidade da pessoa natural representante da pessoa jurídica. Tal como previsto, a disposição estimula o “pacto pelo silêncio” (BERTONCINI, 2014, p. 211), e não a “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”; e “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

É, por isso, que se sugere a adoção de um modelo aproximado da Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Lei 12.529/2011, arts. 86 e 87), que poderia corresponder ao artigo 16-A da Lei 12.846/2013 ou ao novo artigo 17 da Lei:

*“Art. 17. Serão estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.*

*§ 1º. Nos crimes tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos tipificados no Código Penal e nos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, correlacionados com os atos lesivos do art. 5º, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, bem como a propositura da ação de improbidade administrativa.*

*§ 2º. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o parágrafo anterior e a persecução dos atos de improbidade administrativa respectivos”.*

Essa alteração legislativa servirá para estimular a celebração de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, contribuindo igualmente para a qualidade da atividade empresarial, agora informada pelos novos preceitos do referido diploma legal, que primam pela concorrência leal, pela boa-fé e pela ética. Em outras palavras, as empresas privadas que mantêm relação com o Poder Público possuem, a partir do advento da Lei 12.846, a função social de combater a corrupção.

### 3. Conclusão

Diante do exposto, podem ser apresentadas 05 (cinco) conclusões:

1ª - o modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013 se mostra ineficaz, precisando ser reformado, mediante propostas legislativas de natureza modificativa, aditiva e supressiva;

2ª - o Ministério Público deveria ter legitimidade para a celebração de acordo de leniência, com a seguinte proposta de redação para o artigo 16, *caput*:

**“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e o Ministério Público poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:**

(...)

3ª - ao Ministério Público deveria ser conferida a função de *fiscal da lei* nos acordos de leniência não firmados por ele, em razão a necessidade da defesa da ordem jurídica e da proteção dos interesses sociais indisponíveis

(art. 127, *caput*, CF), em se que inclui o zelo pela supremacia do interesse público, passando o artigo 16 a contar com um novo parágrafo:

**“§ 11. Não sendo o proponente, o Ministério Público atuará, previamente à celebração dos acordos de leniência, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade absoluta”.**

4ª - o atual artigo 17 merece ser suprimido inteiramente, pois não há nenhuma razão para a celebração de acordo de leniência nas hipóteses contidas nesta regra jurídica.

5ª - em lugar do atual artigo 17, para que o acordo de leniência possa beneficiar também as pessoas físicas envolvidas, tornando-se um instrumento de colaboração mais efetivo na elucidação dos atos lesivos ao patrimônio público, à semelhança do que está previsto na Lei do CADE, sugere-se a seguinte redação:

**“Art. 17. Serão estendidos aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.**

**§ 1º. Nos crimes tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos tipificados no Código Penal e nos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, correlacionados com os atos lesivos do art. 5º, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, bem como a propositura da ação de improbidade administrativa.**

**§ 2º. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o parágrafo anterior e a persecução dos atos de improbidade administrativa respectivos”.**

A extensão do rol de beneficiários do acordo de leniência, a revogação do artigo 17 da Lei Anticorrupção e a legitimação do Ministério Público para a celebração e fiscalização do acordo objeto desse estudo são alterações que servem para aperfeiçoar os instrumentos trazidos pela Lei 12.846/2013, com a finalidade de tornar mais resolutivo e eficiente o combate à corrupção no Brasil.

#### 4. Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2013. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BERTONCINI, Mateus. Capítulo V - Do acordo de leniência. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord.). *Lei Anticorrupção: Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 409356 RG, Relator Min. LUIZ FUX, j. 03/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 17-08-2012 PUBLIC 20-08-2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 593.727. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 04/08/2015.
- CAMBI, Eduardo. Todos contra a corrupção. *Jornal Gazeta do Povo*, 08.12.2014, p. 02.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2014. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 05/08/2015.
- ZANCARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

# ***GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA***

*ANTONIO FERNANDES OLIVEIRA MATOS JUNIOR*

Diante do que se convencionou denominar “Genocídio da Juventude Negra”, ao Ministério Público se impõe dialogar com o Movimento Negro e Autoridades Públicas, para implementar as demandas específicas desta população, visando cumprir seu papel constitucional de transformador a realidade social.

## GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

*Antônio Fernandes Oliveira Matos Junior  
37º Promotor de Justiça criminal da capital  
Membro do GT Racismo/MPPE*

### I – SÍNTESE DOGMÁTICA

A desproporção detectada, à nível nacional, na evolução das taxas de homicídios nas diferentes categorias de raça/cor utilizadas pelo IBGE, quando se observa no período de 2002 a 2012 uma enorme queda no número de homicídios da população branca (-24,8%) e de aumento no número de vítimas na população negra (38,7%), tem sido replicada no Estado de Pernambuco de forma ainda mais perniciososa.

Foi o Estado com menor taxa de homicídios no Brasil em 2012 (5,6), mas quando se impõe o filtro da cor, posiciona-se na 7ª pior marca entre os Estados brasileiros (56,7), acima da taxa brasileira (41,4), sendo a pior marca do Estado de Alagoas (92,6), enquanto a melhor taxa do Estado de Santa Catarina (17,0). No ano de 2013, o percentual de mortes da população negra chega a 92,8% do total, enquanto o de branco ficou em 7%, valores estes que não acompanham o número do Brasil, em que o número de mortes da população negra é de 72,8% do total, enquanto o de branco fica em 26,7%. Já no último ano de 2014, apresentou um aumento de 9,5% no número de homicídios, chegando à taxa de 37,36 mortes violentas a cada 100 mil habitantes, dado preocupante, porque reverte a tendência sucessiva de queda dos índices.

Embora possua números consistentes de redução de homicídios, especialmente após a implantação do Programa Pacto pela Vida, não consegue impactar decisivamente as taxas em relação à população negra. A este fenômeno convencionou-se denominar “Genocídio da Juventude Negra”.

Neste contexto se impõe a atuação do Ministério Público de Pernambuco como verdadeiro *ombudsman*, visando construir, em conjunto com sociedade civil, especialmente o movimento negro, as suas demandas específicas e, por consequência, dialogar com as autoridades federais, estaduais e municipais alternativas para implementá-las, visando cumprir seu papel constitucional de transformar a realidade social da população jovem negra brasileira.

Passa não só pela adoção de simples medidas administrativas para obtenção de dados estatísticos com o quesito raça/cor, como também por um posicionamento institucional perante o Comitê Gestor do Pacto Pela Vida, seja para propor critérios objetivos para distribuição de recursos e estrutura física, tecnológica e de pessoal nas áreas com números díspares, seja para intermediar o restabelecimento do diálogo entre governo e sociedade civil, garantindo a estes mecanismos diretos de participação no monitoramento e na avaliação do projeto, mas principalmente como agente político fomentador das políticas públicas necessárias à ampliação direitos e prevenção da violência que atinge à juventude negra, especialmente através do Plano Juventude Viva.

### II - EXPOSIÇÃO

A idealização deste artigo decorreu da necessidade de instrumentalizar o GT Racismo/MPPE (Grupo de Trabalho de combate ao Racismo Institucional), por ocasião da audiência pública que se realizou em Recife/PE, com o tema GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA, consequência do esforço empreendido pelo Ministério Público de Pernambuco em fazer cumprir as deliberações constantes da Audiência Pública sobre “As Barreiras de Acesso à Justiça aos Jovens Negros em Situação de Violência” realizada pelo CNMP, em 17 de setembro de 2014.

Decorre do protocolo de intenções celebrado entre o CNMP e outras instituições de governo, que tem por objetivo conjugar esforços para assegurar o enfrentamento ao racismo e a promoção de igualdade racial da juventude negra, mais especificamente enfrentar o que se convencionou chamar Genocídio da Juventude Negra, termo este utilizado pela própria Presidente da República, Dilma Rousseff, quando abriu a 3ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, no dia 05 de novembro de 2013, ao afirmar que “A sociedade brasileira tem que arcar com as consequências do longo período escravocrata” e quando disse que o governo apoiará o Plano Juventude Viva no sentido de combater “o que vem sendo classificado de genocídio da juventude negra.”

A audiência pública, que contou com a presença massiva da sociedade civil, especialmente o movimento negro, além de representantes dos órgãos de justiça e segurança, para além de levantar informações a

## GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

respeito do extermínio da população jovem negra em Pernambuco, trouxe luzes quanto aos caminhos que podem ser percorridos para enfrentá-la, que foram analisados à guisa da conclusão, quando se apresenta os possíveis caminhos a serem adotados pelo Ministério Público brasileiro e, em especial, o Ministério Público de Pernambuco.

Para tanto, necessário estabelecer como premissa que, de fato, está em curso na sociedade brasileira e, em especial, na sociedade pernambucana, o GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA, o que se efetivará a partir de dados obtidos no Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde, que traz tais informações com enfoque no quesito cor/raça das vítimas, que foram estruturados nos trabalhos consultados.

Algumas informações sobre os dados apresentados são relevantes:

- a) foram consideradas jovens as pessoas entre 15 e 29 anos de idade, em razão do que prevê o art. 1º, § 1º da Lei nº 12.852, que institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens;
- b) o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde começou a incorporar o quesito raça/cor com a adoção, em 1996, do CID-10, utilizando o mesmo esquema classificatório do IBGE: branca, preta, amarela, parda e indígena. Mas, diante da constatação do subregistro da cor/raça das vítimas nos mapas da violência, foi considerada essa informação a partir do ano de 2002, quando já 92% dos registros tinham a informação de raça/cor;
- c) as categorias preto e pardo foram somadas para constituir a categoria negro;
- d) os dados consignados como “ignorados” foram abarcados, proporcionalmente, pelas demais categorias.

### III – LEVANTAMENTO DOS HOMICÍDIOS NA POPULAÇÃO JOVEM COM ENFOQUE EM PERNAMBUCO

O diagnóstico demonstra que os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Os dados apresentados mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e pardos) e 93,30% do sexo masculino. Por essa razão, os homicídios de jovens representam uma questão nacional de saúde pública.

Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião dos Jovens Brasileiros 2013, realizada pela Secretaria Nacional de Juventude aponta que 51% dos jovens ouvidos, em todos os Estados, em cidades de pequeno, médio e grande porte, e em todos os estratos sociais, já perderam uma pessoa próxima de forma violenta.

Para fins de análise no presente estudo serão especificados os dados relativos a Pernambuco, sua capital, Recife, além das cidades pernambucanas referidas no “Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil”. Inicialmente, confrontamos os dados relativos aos números de homicídios e taxa de homicídios, seja da população total, seja da população jovem.

#### Número de homicídios na População Total, em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12
Pernambuco	4.431	4.512	4.173	4.307	4.478	4.560	4.431	3.954	3.445	3.464	3.313	-25,2	-4,4
Nordeste	10.947	11.848	11.546	12.962	14.394	15.428	17.059	17.885	18.871	19.405	20.960	91,5	8,0
Brasil	49.695	51.043	48.374	47.578	49.145	47.707	50.113	51.434	52.260	52.198	56.337	13,4	7,9

#### Taxas de homicídios (por 100 mil) na População Total, em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12

Pernambuco	54,8	55,3	50,7	51,2	52,7	53,1	50,7	44,9	39,3	39,1	37,1	<b>-32,3</b>	<b>-5,1</b>
NORDESTE	22,4	24,0	23,2	25,4	27,9	29,6	32,1	33,4	35,5	36,3	38,9	<b>73,5</b>	<b>7,2</b>
BRASIL	28,5	28,9	27,0	25,8	26,3	25,2	26,4	26,9	27,5	27,1	29,0	<b>2,1</b>	<b>7,0</b>

**Número de homicídios na População Jovem, em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.**

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
Pernambuco	2.606	2.636	2.496	2.598	2.618	2.698	2.612	2.279	1.959	1.925	1.808	<b>-30,6</b>	<b>-6,1</b>
NORDESTE	6.134	6.667	6.563	7.489	8.239	8.882	10.041	10.457	10.914	10.899	12.092	<b>97,1</b>	<b>10,9</b>
BRASIL	27.655	28.494	7.003	26.331	26.814	26.102	27.467	27.801	27.977	27.471	30.072	<b>8,7</b>	<b>9,5</b>

**Taxas de homicídio (por 100 mil) na População Jovem, em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.**

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
Pernambuco	111,3	111,4	104,5	106,5	106,2	109,3	105,3	92,2	81,3	79,2	73,8	<b>-33,6</b>	<b>-6,8</b>
NORDESTE	43,2	46,4	45,2	50,4	54,8	57,5	64,6	67,4	72,9	72,2	79,5	<b>84,3</b>	<b>10,1</b>
BRASIL	56,1	57,0	53,3	50,5	50,7	49,7	52,8	53,5	54,5	53,0	57,6	<b>2,7</b>	<b>8,5</b>

**Tabela 3.3.1. Número e taxas (por 100 mil) de homicídio nos municípios com mais de 10 mil HABITANTES de Pernambuco. População Total. Brasil. 2008/2012.**

Município	Popul. 2012	Homicídios					Taxa 2012	Posição	
		2008	2009	2010	2011	2012		Nac	Est.
Cabo de Santo Agostinho	189222	159	124	133	154	177	93,5	29°	1°
Itamaracá	22794	25	21	15	14	21	92,1	32°	2°
Itapissuma	24321	24	24	25	22	19	78,1	55°	3°
Xexéu	14168	12	6	4	10		70,6	83°	4°

**Tabela 3.3.2. Número e taxas (por 100 mil) de homicídio nos municípios com mais de 10 mil JOVENS de Pernambuco. População Jovem. Brasil. 2008/2012.**

Município	Popul. 2012	Homicídios					Taxa 2012	Posição	
		2008	2009	2010	2011	2012		Nac	Est.
Cabo de Santo Agostinho	54200	101	82	83	99	102	188,2	19°	1°
Brejo da Madre de Deus	13579	10	16	12	12	18	132,6	57°	2°
Recife	411204	834	742	546	560	478	116,2	91°	3°

Embora em Pernambuco tenha ocorrido em elevada queda no número de homicídios, tanto na população em geral (em 2002 taxa de 54,8 por 100 mil habitantes, enquanto em 2012 taxa de 37,1), como na população jovem (em 2002 taxa de 111,3 por 100 mil habitantes, enquanto em 2012 taxa de 73,8), redução no período de 32,3 e 33,6 respectivamente, ainda possuímos níveis extremamente pesados de assassinatos de jovens, sendo o 11° pior Estado da Federação, acima da média brasileira, que é de 57,6, sendo a maior taxa em Alagoas com 138,3 e a menor taxa em Santa Catarina com 23,8.

**IV – LEVANTAMENTO DOS HOMICÍDIOS NA POPULAÇÃO JOVEM NEGRA COM ENFOQUE EM PERNAMBUCO**

A análise dos mesmos dados demonstra entretanto que, embora tenha diminuído o número de homicídios de 2.606 em 2002 para 1.808 em 2012, o que representa uma queda de 30,6%, fato é que, entre os negros, as vítimas diminuíram bem menos, de 2.329 para 1.726 nessas mesmas datas: queda de 25,9%.

As tabelas apresentadas sintetizam a evolução dos homicídios nas diferentes categorias de raça/cor utilizadas pelo IBGE e delas se observa uma enorme queda no número de homicídios da população branca e de aumento no número de vítimas na população negra, tendência que se observa tanto para o conjunto da população quanto para a população jovem. Há que se concluir então da crescente seletividade social dos que vão ser

GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O  
DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

assassinados.

As tabelas detalham a evolução dos homicídios na população branca, entre 2002 e 2012. Observa-se que os números e as taxas tiveram uma significativa queda no período: em torno de 24%. Lideraram essas quedas nas taxas de homicídio brancos, no Nordeste, Pernambuco (-69,3%).

No início do período analisado, as taxas de homicídio dos brancos era de 21,7 por 100 mil brancos. A dos negros, de 37,5 por 100 mil negros. Em 2002, o índice de vitimização negra foi de 73: morreram proporcionalmente 73% mais negros que brancos. Em 2012, esse índice sobe para 146,5. A vitimização negra, no período de 2002 a 2012, cresceu significativamente: 100,7%, mais que duplicou.

Informa Julio Jacobo Waiselfisz, em “Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil”, que três fatos mostram-se evidentes: “1) Tanto o número quanto as taxas de homicídio brancos caem significativamente; 2) Tanto o número quanto as taxas de homicídio negros aumentam nesse período; 3) Se as quedas das taxas brancas são bem expressivas, os aumentos nas taxas negras são de moderadas para baixas”.

Entre os jovens, a evolução foi muito semelhante, mas a partir de taxas que duplicam as da população total e com manifestações bem mais intensas. A seguir quadro comparativo no número de homicídios e taxa de homicídio em Pernambuco, no Nordeste e no Brasil, seja para a população negra, seja para a população branca, no período de 2002 a 2012.

**Número de homicídios na População Total em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.**

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12
Pernambuco Branco	569	594	468	476	397	283	431	375	263	233	181	<b>-68,1</b>	<b>-22,2</b>
NORDESTE Branco	1.448	1.522	1.293	1.431	1.370	1.363	1.533	1.510	1.535	1.685	1.737	<b>19,9</b>	<b>3,1</b>
BRASIL Branco	19.846	19.700	17.883	16.360	16.432	14.908	15.263	15.378	14.645	14.435	14.928	<b>-24,8</b>	<b>3,4</b>
Pernambuco Negro	3.848	3.904	3.697	3.814	4.067	4.263	3.978	3.572	3.171	3.225	3.124	<b>-18,8</b>	<b>-3,1</b>
NORDESTE Negro	9.452	10.297	10.225	11.482	12.965	14.024	15.473	16.336	17.294	17.675	19.180	<b>102,9</b>	<b>8,5</b>
BRASIL Negro	29.656	31.079	30.274	31.036	32.488	32.601	34.614	35.854	37.435	37.549	41.127	<b>38,7</b>	<b>9,5</b>

**Taxas de homicídio (por 100 mil) na População Total em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.**

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12
Pernambuco Branco	18,4	19,1	15,0	15,2	12,6	9,0	13,6	11,8	8,2	7,3	5,6	<b>-69,3</b>	<b>-22,5</b>
NORDESTE Branco	9,8	10,3	8,7	9,5	9,1	9,0	10,1	9,9	10,0	10,9	11,2	<b>13,5</b>	<b>2,5</b>
BRASIL Branco	21,7	21,5	19,6	17,9	18,0	16,4	16,8	16,9	16,1	15,9	16,5	<b>-23,8</b>	<b>3,5</b>
Pernambuco Negro	78,6	78,8	73,7	75,1	79,1	81,9	75,6	67,1	58,9	59,2	56,7	<b>-27,9</b>	<b>-4,2</b>
NORDESTE Negro	28,1	30,3	29,8	33,2	37,1	39,7	43,4	45,3	47,5	48,1	51,7	<b>83,7</b>	<b>7,5</b>
BRASIL Negro	38,6	39,3	37,2	37,1	37,8	37,0	38,3	38,7	39,4	38,6	41,4	<b>7,1</b>	<b>7,0</b>

A desproporção já detectada à nível nacional, mais se evidencia no Estado de Pernambuco, que embora possua números consistentes de redução de homicídios, não consegue impactar decisivamente as taxas em relação à população negra.

É o Estado com menor taxa de homicídios no Brasil (5,6), mas quando se impõe o filtro da cor, posiciona-se na 7ª pior marca entre os Estados brasileiros (56,7), acima da taxa brasileira (41,4), sendo a pior marca do Estado de Alagoas (92,6), enquanto a melhor taxa do Estado de Santa Catarina (17,0). Repetem-se os dados, ainda que com alguma alteração irrisória, no conjunto da população jovem.

#### Número de homicídios na População jovem em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12
Pernambuco Branco	268	308	230	254	185	137	206	179	135	113	78	<b>-70,8</b>	<b>-30,5</b>
NORDESTE Branco	647	748	548	695	633	683	711	767	791	837	890	<b>37,5</b>	<b>6,3</b>
BRASIL Branco	10.072	10.067	8.869	7.984	7.884	7.165	7.184	7.216	6.746	6.540	6.823	<b>-32,3</b>	<b>4,3</b>
Pernambuco Negro	2.329	2.323	2.260	2.335	2.424	2.553	2.394	2.097	1.819	1.809	1.726	<b>-25,9</b>	<b>-4,6</b>
NORDESTE Negro	5.459	5.909	6.000	6.770	7.573	8.180	9.300	9.670	10.099	10.040	11.176	<b>104,7</b>	<b>11,3</b>
BRASIL Negro	17.499	18.303	18.038	18.263	18.844	18.852	20.185	20.514	21.150	20.852	23.160	<b>32,3</b>	<b>11,1</b>

#### Taxas de homicídio (por 100 mil) na População jovem em PE, no Nordeste e no Brasil. 2002/2012.

REGIÃO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Δ%	
												02/12	11/12
Pernambuco Branco	32,0	36,8	27,5	30,3	22,1	16,3	24,5	21,3	16,0	13,4	9,3	<b>-71,0</b>	<b>-30,5</b>
NORDESTE Branco	15,9	18,3	13,4	17,0	15,4	16,6	17,2	18,6	19,1	20,2	21,4	<b>34,4</b>	<b>6,1</b>
BRASIL Branco	41,9	42,1	37,3	33,7	33,5	30,6	30,8	31,1	29,2	28,5	29,9	<b>-28,6</b>	<b>4,9</b>
Pernambuco Negro	161,6	160,2	154,8	158,8	163,8	171,4	159,7	139,0	119,8	118,4	112,2	<b>-30,6</b>	<b>-5,2</b>
NORDESTE Negro	54,8	58,9	59,4	66,6	74,0	79,5	89,8	92,8	96,3	95,1	105,2	<b>92,1</b>	<b>10,6</b>
BRASIL Negro	77,7	79,3	76,3	75,4	76,1	74,4	78,0	77,6	78,3	75,6	82,3	<b>6,0</b>	<b>8,9</b>

O que mais impressiona, entretanto, é a taxa de vitimização negra na cidade do Recife, que reflete no posicionamento da capital pernambucana entre as capitais brasileiras. No ordenamento das capitais por Taxa Negra - População Total, figura na sexta posição, com taxa de 84,5, superior à brasileira (de 60,1), no ranking liderado por João Pessoa (138,1), tendo São Paulo com melhor taxa (22,5). Já tomando por base a população jovem, estamos na sétima posição (185,0), superior à brasileira (de 126,5), no ranking liderado por Maceió (327,6), tendo São Paulo com melhor taxa (42,8).

#### Número e taxas de homicídio (por 100 mil) brancos e negros e vitimização negra em Recife e no Brasil. População total. 2010/2012.

Região	Homicídios Brancos			Homicídios Negros			Taxas Brancas			Taxas Negras			Vitim. %
	2010	2011	2012	2010	2011	2012	2010	2011	2012	2010	2011	2012	
Recife	58	54	47	835	828	761	9,2	8,5	7,4	93,8	92,5	84,5	<b>1043</b>
BRASIL (CAPITAIS)	3856	3658	3564	13112	12999	14208	17,9	16,9	16,3	56,5	55,5	60,1	<b>268</b>



GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O  
DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

**Número e taxas de homicídio (por 100 mil) brancos e negros e vitimização negra em Recife e no Brasil. População Jovem. 2010/2012.**

Região	Homicídios Brancos			Homicídios Negros			Taxas Brancas			Taxas Negras			Vitim. %
	2010	2011	2012	2010	2011	2012	2010	2011	2012	2010	2011	2012	
Recife PE	35	37	22	510	522	455	22,1	23,3	13,8	209,7	213,5	185,0	<b>1245</b>
BRASIL (CAPITAIS)	1.937	1.776	1.772	8.019	7.752	8.605	35,5	32,3	32,0	120,1	115,0	126,5	<b>296</b>

Entre os 100 (cem) municípios brasileiros com mais de 50 mil habitantes que possuem as maiores taxas de vitimização, o Estado de Pernambuco possui na lista oito municípios.

**Tabela 6.4.2. 100 municípios com mais de 50 mil habitantes com as maiores taxas.**

Município	Número de Homicídios						Taxas (por 100 mil) 2012		
	Branco Total			Negro Total			Branco	Negro	Vitimização
	2010	2011	2012	2010	2011	2012			
Cabo de Santo Agostinho	4	2	1	77	97	101	6,2	<b>269,3</b>	4220
Bezerros	0	2	0	5	6	14	0,0	<b>194,6</b>	***
Recife	35	37	22	510	522	455	13,8	<b>185,0</b>	1245
Caruaru	10	6	5	84	89	81	11,2	<b>173,3</b>	1454
Paulista	0	4	7	83	68	78	23,4	<b>162,1</b>	592
Goiana	0	0	0	29	12	23	0,0	<b>154,3</b>	***
Jaboatão dos Guararapes	9	5	4	179	180	167	6,5	<b>149,7</b>	2209
Vitória de Santo Antão	6	5	2	21	30	32	15,7	<b>139,2</b>	788

Dessa forma, se os índices de homicídio do país nesse período estagnaram ou mudaram pouco, e em Pernambuco, em especial, reduziram sensivelmente, a violência homicida tem se concentrado na população negra e, de forma muito específica, nos jovens negros, decorrente da associação crescente entre homicídios e cor da pele das vítimas.

**V – LEVANTAMENTO DOS HOMICÍDIOS NA POPULAÇÃO JOVEM NEGRA COM ENFOQUE EM PERNAMBUCO – DADOS RECENTES**

O Estado de Pernambuco, através do Pacto Pela Vida (PPV), programa do Governo do Estado de Pernambuco que tem como finalidade reduzir a criminalidade e controlar a violência, conforme dados estatísticos de 2013, obtidos no Mapa da Violência 2014, ainda mantinha uma trajetória descendente. Tendo por base o número de homicídios, a redução de 6,5% no número de homicídios, enquanto na população negra este decréscimo foi de 8,1%. Curiosamente, embora em números absolutos tenha pouca relevância, em números relativos houve acréscimo de 21% no número de homicídios na população branca. Da mesma forma comportam-se os índices em relação a taxa de homicídio por 100 mil habitantes. Redução de 9,4% no número de homicídios, enquanto na população negra este decréscimo foi de 8,1% e acréscimo de 21% no número de homicídios na população branca.

**Número de homicídios na População Total em PE e no Brasil. 2011/2012/2013.**

REGIÃO	2011	2012	2013	Δ%	
				11/12	12/13
Pernambuco Branco	233	181	219	<b>-22,2</b>	<b>21,0</b>
BRASIL Branco	14.435	14.928	14.485	<b>3,4</b>	<b>-3,0</b>
Pernambuco Negro	3.225	3.124	2.872	<b>-3,1</b>	<b>-8,1</b>
BRASIL Negro	37.549	41.127	39.506	<b>9,5</b>	<b>-3,9</b>

Pernambuco Geral	3.464	3.313	3096	-4,4	-6,5
BRASIL Geral	52.198	56.337	54269	7,9	-3,7

**Taxas de homicídios (por 100 mil) na População Total em PE e no Brasil. 2011/2012/2013.**

REGIÃO	2011	2012	2013	Δ%	
				11/12	12/13
Pernambuco Branco	7,3	5,6	6,8	-22,5	21,0
BRASIL Branco	15,9	16,5	16,0	3,5	-3,0
Pernambuco Negro	59,2	56,7	52,1	-4,2	-8,1
BRASIL Negro	38,6	41,4	39,8	7,0	-3,9
Pernambuco Geral	39,1	37,1	33,6	-5,1	-9,4
BRASIL Geral	27,1	29,0	27,0	7,0	-6,9

De qualquer forma, ainda persiste a vitimização da população negra no Estado de Pernambuco, desde quando o percentual de mortes da população negra chega a 92,8% do total, enquanto o de branco fica em 7%, valores estes que não acompanham o número do Brasil, em que o número de mortes da população negra é de 72,8% do total, enquanto o de branco fica em 26,7%.

Já em 2014, em relação ao ano anterior, as informações colhidas informam que Pernambuco apresentou um aumento de 9,5% no número de homicídios, chegando à taxa de 37,36 mortes violentas a cada 100 mil habitantes, dado preocupante, porque reverte a tendência sucessiva de queda ocorrida desde o início do Programa Pacto pela Vida.

**VI – CONCLUSÃO**

Os dados apresentados demonstram que, embora o Estado de Pernambuco tenha conseguido reduzir o número de homicídios no período histórico analisado de 2002 a 2013, fato é que atualmente esta trajetória tomou novo rumo, o que deve ser objeto de preocupação dos gestores do Pacto pela Vida.

Por outro lado, esta redução não se deu de maneira uniforme entre as raças, o que exige a adoção de políticas públicas específicas para a população jovem negra, que corresponde a mais de 92% do número de homicídios no Estado. Conclui Julio Jacobo Waiselfisz, em “Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil”, que três fatores devem ser mencionados para a compreensão dessa situação, quais sejam: a) crescente privatização do aparelho de segurança; b) influência partidária e eleitoral nos critérios de priorização da atuação policial; c) racismo institucional pelos órgãos de justiça e segurança.

Quanto ao primeiro, declara o autor que “como já ocorrido com outros serviços básicos, como a saúde, a educação e, mais recentemente, a previdência social, o Estado vai progressivamente se limitar a oferecer, para o conjunto da população, um mínimo – e muitas vezes nem isso – de acesso aos serviços e benefícios sociais considerados básicos. Para os setores com melhor condição financeira, emergem serviços privados de melhor qualidade (escolas, planos de saúde, planos previdenciários etc.). Com a segurança vem ocorrendo esse processo de forma acelerada nos últimos anos”. Conclui que “os setores e áreas mais abastadas, geralmente brancos, têm uma dupla segurança e os menos abastados, das periferias, preferencialmente negros, têm que se contentar com o mínimo de segurança que o Estado oferece”.

Quanto ao segundo, informa que “as ações e a cobertura da segurança pública distribuem-se de forma extremamente desigual nas diversas áreas geográficas, priorizando espaços segundo sua visibilidade política, seu impacto na opinião pública e, principalmente, na mídia, que reage-se de forma bem diferenciada de acordo com o *status* social das vítimas. Como resultado, as áreas mais abastadas, de população predominantemente branca, ostentam os benefícios de uma dupla segurança, a pública e a privada, enquanto as áreas periféricas, de composição majoritariamente negra, nenhuma das duas”.

Quanto ao terceiro, “um forte esquema de ‘naturalização’ e aceitação social da violência que opera em vários níveis e mediante diversos mecanismos, mas fundamentalmente pela visão que uma determinada dose de violência, que varia de acordo com a época, o grupo social e o local, deve ser aceito e torna-se até necessário, inclusive por aquelas pessoas e instituições que teriam a obrigação e responsabilidade de proteger a sociedade da violência”, ou seja, a prática do racismo institucional pelas instituições de justiça e segurança.

## GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA EM PERNAMBUCO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Daí porque a audiência pública se constituiu em instrumento para, no âmbito do Estado de Pernambuco, lançar luzes sobre as estratégicas a serem perseguidas, visando garantir que as taxas de redução já obtidas sejam uniformes para toda a população, o que, para além de trazer como consequência retorno da trajetória decrescente do número de homicídios em geral no Estado, que se perdeu no último ano, garantirá a esta substancial parcela da população igualdade de direitos às políticas públicas.

Ao Ministério Público brasileiro, e em especial o Ministério Público de Pernambuco, móvel idealizador do presente artigo, caberá assumir este papel, de verdadeiro *ombudsman*, visando construir, em conjunto com sociedade civil, especialmente o movimento negro, as suas demandas específicas e, por consequência, dialogar com as autoridades federais, estaduais e municipais alternativas para implementá-las, visando cumprir seu papel constitucional de transformar a realidade social da população jovem negra brasileira.

À título de sugestão, propõe-se:

- a) realizar audiências públicas, nos moldes já realizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério Público de Pernambuco;
- b) propor critérios objetivos no Pacto pela Vida para distribuição de recursos e estrutura física, tecnológica e de pessoal nas áreas com números díspares;
- c) intermediar o restabelecimento do diálogo entre governo e sociedade civil no âmbito do Pacto pela Vida, já que esta última teve participação ativa no momento de formulação do projeto e de disputa valorativa em torno do mesmo, mas no segundo momento foi alijada do processo, sem ter mecanismos diretos de participação no monitoramento e na avaliação do projeto;
- d) propor aos órgãos de justiça e segurança o combate ao racismo institucional, através da criação de Grupo de Trabalho na matéria, sensibilizando seus quadros;
- e) priorizar o ingresso dos municípios do Estado de Pernambuco no Plano Juventude Viva – Plano de Prevenção à Violência Contra a Juventude Negra, iniciativa que busca ampliar direitos e prevenir a violência que atinge à juventude brasileira. O Plano constitui-se como oportunidade inédita de diálogo e articulação entre ministérios, municípios, estados e sociedade civil no enfrentamento da violência, em especial àquela exercida sobre os jovens negros, e na promoção de sua inclusão social em territórios atingidos pelos mais altos índices de vulnerabilidade;
- f) criar a obrigatoriedade do quesito raça/cor no sistema de gestão de Autos Arquimedes e propô-la aos demais órgãos de justiça e segurança do Estado de Pernambuco, pelas suas diversas instituições, a saber, Polícia Militar e Civil e Poder Judiciário, a exemplo do que já ocorre no sistema único de saúde, atualmente único mecanismo que permite a obtenção de dados com enfoque na raça/cor;
- g) propor ao CNMP a mudança da tabela de taxonomia, tal como autoriza o artigo 5º, § 2º, da Resolução CNMP nº 63, de 1º de dezembro de 2010, para complementar a tabela unificada de assuntos a partir deste último nível de detalhamento – injúria, com o fito de incluir o crime de injúria racial (art. 140, §3º, do Código Penal), diante da necessidade de sua validação com os dados atualmente remetidos pela autoridade policial, que já são encaminhados ao Ministério Público com este nível de detalhamento.

### VII - REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

- 1) WASELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil, disponível em [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014\\_JovensBrasil.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf). Acesso em 04/05/2015
- 2) Edição 2014 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, obtido em <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/80-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>. Acesso em 04/05/2015
- 3) RATTON, José Luiz, GALVÃO Clarissa e FERNANDEZ Michelle, O Pacto pela Vida e a Redução de Homicídios em Pernambuco, obtido em <http://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p2.pdf>. Acesso em 07/05/2015.

# ***O CONTEÚDO DO DIREITO DE ACESSO À INTERNET***

*BÁRBARA LUIZA COUTINHO DO NASCIMENTO*

O conteúdo do Direito de Acesso à Internet, previsto no art. 4º, I, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), inclui duas dimensões: a) uma dimensão de direito de acesso à infraestrutura física; e b) outra dimensão de direito de acesso à informação disponível na rede.

**Título:** O Conteúdo do Direito de Acesso à Internet

**Autora:** Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento

**Proposta de enunciado:** O conteúdo do direito de acesso à internet, previsto no art. 4º, I, da Lei 12.965/14 (marco civil da internet), inclui duas dimensões: a) uma dimensão de direito de acesso à infraestrutura física; e b) outra dimensão de direito de acesso à informação disponível na rede.

**Síntese dogmática da proposição:** O conteúdo do direito de acesso à internet, previsto no art. 4º, I, da Lei 12.965/14 (marco civil da internet), inclui duas dimensões. A primeira é a dimensão do direito de acesso à infraestrutura física, definida como o direito de acesso a aparelhos eletrônicos conectados à internet e aptos a utilizar a maior parte dos recursos oferecidos pela rede. A segunda é a dimensão do direito de acesso à informação disponível na rede, definido como o direito de acessar livremente dados lícitos na internet. Uma vez reconhecido tal conteúdo, conclui-se que o Poder Público deve garantir o acesso à infraestrutura física (gerando o direito a uma prestação preponderantemente positiva), bem como o Estado e particulares têm o dever de não interferir no acesso (direito a uma prestação preponderantemente negativa), sob pena de se configurar censura. Assim, a correta identificação do conteúdo do direito de acesso à internet, direito esse nascido na era digital, é fundamental para que o Ministério Público possa, em sua atuação diária, exigir judicialmente sua concretização.

#### **Fundamentação:**

A Lei 12.965/14, o chamado Marco Civil da Internet, trouxe a previsão do “direito de acesso à internet” em duas passagens:

*Art. 4º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:*

*I - do direito de acesso à internet a todos;*

*Art. 8º - A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.*

Contudo, a citada lei não definiu o conteúdo desse direito de acesso à internet, ficando tal missão para a doutrina e para a jurisprudência. A presente proposta de enunciado visa a contribuir, doutrinariamente, para tal definição.

#### **a) Acesso à infraestrutura física**

Em maio de 2011 o Relator Especial para promoção e proteção dos direitos à liberdade de opinião e expressão da ONU, Frank La Rue, divulgou um relatório<sup>1</sup> no qual afirma que o acesso à internet, em sua dimensão de acesso à infraestrutura física, inclui aquilo que é necessário para que o indivíduo se conecte à rede mundial, como cabos, modems, computadores (o *hardware*) e *softwares*. Concordamos com essa percepção.

Tendo como base o referido relatório, entendemos que o direito de acesso à internet inclui uma dimensão de direito de acesso à infraestrutura física, dimensão essa que pode ser definida como o direito de acesso a aparelhos eletrônicos conectados à internet e aptos a utilizar a maior parte dos recursos oferecidos pela rede.

Esse conceito pode ser decomposto em três elementos, pois para que haja um aparelho eletrônico conectado à internet, inicialmente é preciso que sejam oferecidos tanto (1) a rede como (2) o aparelho capaz de utilizá-la e, posteriormente, é preciso que (3) a conexão entre ambos seja efetivada.

Note-se que não se está afirmando que há um direito a possuir um aparelho conectado à rede mundial, mas sim de ter acesso a um, ou seja, o direito de poder utilizar um aparelho conectado à internet.

---

<sup>1</sup> RUE, Frank La. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. A/HRC/17/27. [S.l.] Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)> Acesso em: 16 ago. 2015.

Dessa forma, o primeiro elemento exigido para que o direito se concretize é a disponibilização da rede física necessária à conexão. Para aprofundar a análise do presente tópico, é necessário apresentar uma resumida explicação de como a internet funciona:

Quanto à sua estrutura, a Internet pode ser definida como uma rede mundial de computadores composta por redes menores, ou seja, como uma rede de redes. (...) Assim, quando o usuário se conecta ao seu provedor de internet, forma com ele uma rede. O provedor, por sua vez, se conecta a outro provedor maior, nacional ou internacional, formando com ele outra rede. Os grandes provedores fornecem a estrutura física da internet, de cabos e roteadores, chamada de internet backbone. Todos os provedores que estão no topo dessa hierarquia de redes se conectam, então, a Pontos de Troca de Tráfego, ou PTTs, que são computadores ou redes centrais que viabilizam a troca de dados entre as redes diretamente conectadas ao PTT e, conseqüentemente, entre todos os computadores conectados a qualquer das redes interconectadas.<sup>2</sup>

Ou seja, a internet não é um ente abstrato. Sem o suporte físico não há conexão. Sem que sejam levados às localidades, por exemplo, cabos de fibra óptica, linhas telefônicas, ondas de rádio ou sinais via satélite, não há acesso.

O segundo elemento necessário é um aparelho eletrônico apto a utilizar a maior parte dos recursos oferecidos pela rede. Esse aparelho pode ser um desktop, um laptop, um tablet, ou qualquer outro aparelho capaz de estabelecer uma conexão e realizar operações essenciais na internet, como navegar na web e enviar e receber e-mails, dentre outras. Em outras palavras, ele deve ser fisicamente capaz de se conectar, ou seja, deve oferecer o hardware necessário à conexão, mas apenas isso não é suficiente. Ele deve também oferecer os softwares necessários à conexão e à navegação, como browsers. Note-se que não pode ser um aparelho que forneça acesso limitado a recursos, como um GPS que se conecta a internet somente para receber informações complementares ou videogames que se conectam apenas para baixar jogos. Pelo contrário, a possibilidade de utilização dos recursos oferecidos pela rede deve ser ampla, sob pena de o indivíduo não ser capaz de exercer todos os demais direitos e deveres hoje preferencialmente exercidos pela internet, como a liberdade de expressão e o direito à informação, dentre outros.

Por fim, uma vez que o aparelho e a estrutura física da rede estejam disponíveis, o terceiro elemento do direito de acesso em sua dimensão de acesso à infraestrutura física é que deve ser concretamente estabelecida a conexão entre o aparelho e a rede mundial de computadores. É ao se realizar a conexão da máquina com a internet que se efetiva o acesso propriamente dito.

O citado relatório da ONU afirma o dever de os Estados adotarem políticas concretas e efetivas para tornar a internet amplamente disponível e financeiramente acessível para todos. Caso contrário, ela será uma tecnologia acessível apenas a uma elite e aumentará o abismo digital. No Brasil, surgiram iniciativas governamentais para tornar fisicamente viável o acesso à internet para a maior parte da população, inclusive para comunidades afastadas, e a baixo custo.

A título de exemplo, a Prefeitura de Florianópolis, em convênio com a empresa de telefonia local, instalou orelhões com acesso gratuito à internet no ano de 2013.<sup>3</sup>

Já o Município de Porto Velho foi pioneiro no serviço “Porto Velho Online”, um programa com o objetivo de promover a inclusão sócio-digital dos municípios, oferecendo gratuitamente acesso à internet sem fio para cerca de 60% da população da área urbana do Município.<sup>4</sup>

Pelo programa, cada usuário recebe uma banda fixa para navegar, sem franquia ou cota de download. O login é feito utilizando-se o número do IPTU e apenas é disponibilizado para o usuário que esteja com o pagamento do imposto do ano corrente em dia. Além disso, pontos de acesso localizados em praças fornecem sinal

---

<sup>2</sup> NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais*. Kindle ed., 2010.

<sup>3</sup> Capital de SC terá 30 novos orelhões com acesso gratuito à internet. <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/03/capital-de-sc-tera-30-novos-orelhoes-com-acesso-gratuito-internet.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>4</sup> Porto Velho Online. Disponível em: <<http://www.portovelho.ro.gov.br/artigo/prefeitura-expande-area-abrangencia-programa-porto-velho-online-0>>. Acesso em 16 ago. 2015.

livre de cadastros ou de pagamento de IPTU, desde que o usuário leve o seu equipamento até a área de cobertura daquele sinal.

Na mesma linha, o programa “Cidades Digitais”, do Ministério das Comunicações, visa a apoiar os Municípios selecionados a construir uma rede para conectar os órgãos públicos à internet, instalar aplicativos de governo eletrônico, criar pontos públicos de acesso para uso livre pela população e formar e capacitar servidores públicos para utilização das ferramentas.<sup>5</sup>

Segundo pesquisa divulgada pelo IBGE no ano de 2013, setecentos e noventa e cinco Municípios brasileiros ofereciam aos seus moradores alguma cobertura Wi-Fi para acesso à internet à época, sendo o acesso gratuito em 744 dessas cidades. Contudo, apenas 141 Municípios cobriam toda a sua área urbana com o acesso sem fio e apenas 91 cobriam tanto a totalidade da área urbana como da área rural.<sup>6</sup>

Todas essas iniciativas que visam a disponibilizar o acesso ao suporte físico da rede concretizam o primeiro elemento do direito de acesso à infraestrutura física, nos termos *supra* definidos. Mas o governo brasileiro também tem empreendido esforços para viabilizar a aquisição, a baixo custo ou gratuitamente, de aparelhos eletrônicos capazes de acessar a internet, concretizando o segundo elemento necessário para o acesso.

Por exemplo, em abril de 2013 o governo federal publicou um decreto que reduziu a zero a alíquota de PIS e Cofins sobre a venda dos smartphones, que são os telefones celulares com acesso à internet, desde que custassem até R\$1.500 (mil e quinhentos reais), fossem produzidos no Brasil, incluíssem programas de navegação na web e de comunicação por e-mails, dentre outros requisitos técnicos estabelecidos pela portaria Nº 87, de 10 de abril de 2013, do Ministro de Estado das Comunicações. A medida teve o objetivo de facilitar o acesso de populações de baixa renda aos smartphones e, conseqüentemente, a conexão delas com a internet.<sup>7</sup>

Da mesma forma, governos estaduais como o do Paraná, que com recursos do Programa Nacional de Tecnologia Educacional (Proinfo) formalizou em outubro de 2012 a compra de trinta e dois mil tablets para os professores de ensino médio da rede pública estadual de ensino, também vêm efetivando o referido direito.<sup>8</sup>

Por fim, o terceiro elemento necessário para o acesso, a efetiva conexão entre o aparelho e a internet, é uma decorrência da presença dos outros dois. Como já dito, presente o aparelho equipado com o hardware e com o software adequados, estando ao alcance da estrutura física, a conexão poderá ser estabelecida. Ressalte-se que nem todos poderão arcar com os custos dessa conexão, porém as já citadas iniciativas estatais concretizam esse aspecto do direito.

Mas e o que o governo brasileiro tem feito para aqueles que, ainda assim, não têm condições de comprar um computador, um smartphone, ou que residem em comunidades mais distantes, como aldeias indígenas isoladas ou áreas de fronteira?

Especialmente respondendo a essa pergunta, outro projeto do Governo Federal que consideramos de grande efetividade na promoção do direito de acesso à internet é o GESAC. Coordenado pelo Ministério das Comunicações por meio do Departamento de Serviços de Inclusão Digital – DESID, ele tem o objetivo de promover a inclusão digital. Para isso, oferece serviços gratuitos, como acesso à internet, recursos digitais, capacitação e oficinas, em todo o território brasileiro. Os pontos de acesso estão distribuídos em Municípios de todas as regiões do país e são instalados em escolas públicas, órgãos públicos, sindicatos, aldeias indígenas, comunidades quilombolas e ribeirinhas, zonas rurais, periferias urbanas, telecentros comunitários, pontos remotos de fronteira, sedes de organizações não governamentais, unidades militares nas fronteiras, dentre outros.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Ministério das Comunicações. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/inclusao-digital/acoes-e-programas/cidades-digitais>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>6</sup> CORDEIRO, Letícia. *141 cidades têm toda área urbana coberta com Wi-Fi no Brasil*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/141-cidades-tem-toda-area-urbana-coberta-com-wi-fi-no-brasil>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>7</sup> AMATO, Fábio. *Decreto reduz a zero PIS e Cofins sobre smartphones*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/decreto-reduz-zero-pis-e-cofins-sobre-celular-que-acessa-internet.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>8</sup> Governo vai distribuir tablets a professores do ensino médio da rede pública. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/ensino/conteudo.phtml?id=1306146&tit=Governo-vai-distribuir-tablets-a-professores-do-ensino-medio-da-rede-publica>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>9</sup> Programa GESAC. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/gesac>>. Acesso em 16 ago. 2015.

Em setembro de 2010, já existiam mais de 11.500 (onze mil e quinhentos) pontos de acesso implantados em cerca de 4.900 (quatro mil e novecentos) Municípios. O acesso é feito predominantemente via satélite. Segundo pesquisa realizada com usuários do programa, cerca de 70% não concluíram o ensino médio, contudo o fato de que muitas das entrevistas foram realizadas em escolas pode ter contribuído para esse resultado. Além disso, 53,11% dos entrevistados não possuíam computador em casa e 49% utilizavam computadores há menos de três anos. Os usos predominantes eram para estudar e fazer trabalhos escolares (62,97%), ler notícias (57,05%), utilizar mensageiros instantâneos (57,05%) e participar de sites de relacionamentos (53,14%). Também foi pesquisada a renda dos usuários: 54,5% dos entrevistados informaram ter renda pessoal de até dois salários mínimos; 49% informaram ter renda familiar de até dois salários mínimos; 27,9% possuíam renda familiar de dois a cinco salários mínimos.<sup>10</sup>

Afirmamos que o projeto pode ser considerado de grande efetividade porque de fato ele levou a internet a locais que a iniciativa privada possivelmente não teria interesse em levar ou a pessoas que não teriam condições de arcar com os custos de uma conexão privada, promovendo a inclusão digital. Esse resultado é sentido pelos próprios usuários, pois 66,7% dos entrevistados informaram que se sentiam incluídos digitais.<sup>11</sup>

Ainda tratando das iniciativas do Governo Federal, o Ministério do Desenvolvimento Agrário mantém desde o ano de 2008 o projeto Territórios Digitais, cujo objetivo é universalizar o acesso às tecnologias de informação e comunicação pelo oferecimento gratuito de acesso à informática e à internet para populações rurais. O público-alvo são assentados e assentadas, agricultores e agricultoras familiares, comunidades ribeirinhas, indígenas e quilombolas. O projeto opera por meio da implantação de Casas Digitais, que são espaços públicos escolhidos pela própria comunidade para tornarem-se pontos de acesso comunitário gratuito. Para justificar o programa, o Ministério afirma que prover cidadania para o meio rural requer, incondicionalmente, a disponibilização das tecnologias de informação e comunicação a todos.<sup>12</sup>

Por outro lado, a iniciativa privada, ao facilitar o consumo, barateando o custo de computadores e smartphones, bem como ao oferecer diferentes planos de acesso à internet, com diferentes preços, promove o direito de acesso à internet.

Mas para que o direito ora em estudo seja efetivamente concretizado há um pressuposto adicional. Dada a estrutura atual da rede mundial de computadores e o volume de dados que ela armazena, o direito de acesso à internet pressupõe que a conexão tenha uma velocidade mínima e mantenha uma estabilidade mínima. Isso porque se assim não for, se apenas for oferecido ao cidadão uma conexão lenta ou instável, ele será incapaz de usufruir de grande parte dos potenciais oferecidos pela rede. Em outras palavras, se a velocidade for muito baixa, a limitação de recursos será tanta que será quase como se o indivíduo não tivesse conexão.

Não é possível determinar de antemão qual velocidade será essa. À medida que a informática se torna mais complexa, o tamanho dos arquivos aumenta. Além disso, quanto mais informação for colocada na rede, maior será o volume de dados disponíveis para transmissão. Portanto, a velocidade mínima variará em função do momento tecnológico. Assim, nos limitamos a afirmar que faz parte do conteúdo do direito de acesso à internet a exigência de que a velocidade da conexão oferecida seja tal que permita ao internauta utilizar a maior parte dos recursos oferecidos pela rede. Além disso, ela deve manter uma estabilidade mínima.

A título de exemplo, não concretizará o direito uma conexão que não permita que o usuário baixe em tempo razoável um livro digital ou que não permita que ele envie em tempo razoável um e-mail com um currículo anexado. Por outro lado, não se pode exigir que a conexão permita ao usuário jogar tranquilamente o mais recente jogo online ou baixar em poucos minutos um arquivo de filme em alta definição.

Portanto, na presente pesquisa, sempre que falamos em direito de acesso à internet em sua dimensão de acesso à infraestrutura física, está intrínseca a ideia de que esse acesso deve ser oferecido com velocidade e qualidade adequadas, sob pena do serviço ser considerado deficitário.

#### **b) Acesso à informação.**

---

<sup>10</sup> Avaliação Nacional do Programa GESAC. Op. cit.

<sup>11</sup> Loc. Cit.

<sup>12</sup> Portal da Cidadania. Disponível em: <<http://comunidades.mda.gov.br/dotIrn/clubs/territoriosdigitais>>. Acesso em: 16 ago. 2015.



Já o direito de acesso à internet, em sua dimensão de direito de acesso à informação, pode ser definido como o direito de acessar livremente dados lícitos na internet. Ele inclui os meios necessários para o exercício desse direito, em especial a educação digital.

Apesar de o relatório da ONU incluir o direito à educação digital na vertente de acesso à infraestrutura, entendemos que essa não é a classificação adequada. Isso porque é possível que uma pessoa tenha um computador conectado à internet apto a navegá-la, porém não tenha o conhecimento necessário para utilizá-la. Não se trata de uma falha objetiva no suporte físico de acesso à rede: trata-se da impossibilidade subjetiva de aquela pessoa utilizar os recursos da internet.

O citado relatório afirma que os Estados devem incluir a “alfabetização digital” nos currículos escolares e apoiar módulos de aprendizado semelhantes fora das escolas. Além do treinamento nas habilidades básicas, tais módulos devem tornar mais claros os benefícios de se utilizar a internet para obter informações, além da responsabilidade que se tem ao fornecê-las. O treinamento pode, ainda, ajudar as pessoas a aprender a se proteger de conteúdos danosos e explicar as consequências de se revelar informações privadas na rede.

O governo brasileiro tem empreendido esforços na consecução desse objetivo. Em âmbito federal, podemos destacar o Programa Nacional de Formação Continuada em Tecnologia Educacional (ProInfo Integrado) que entre os cursos ofertados oferece um básico para os professores e os gestores escolares que não tenham domínio mínimo no manejo de computadores e da internet. Eles aprendem a utilizar recursos tecnológicos como processadores de texto, apresentações, recursos da web para produções de trabalhos escritos e multimídia, a pesquisar e analisar informações na web, a comunicar-se e a interagir por diferentes meios, incluindo e-mails, listas de discussão, bate-papos e blogs.<sup>13</sup>

O governo do Município de São Paulo oferece a iniciativa “Telecentro”, um projeto de inclusão digital que disponibiliza, além de acesso gratuito à internet para a população, cursos de introdução à informática, de digitação, de editores de texto, de HTML e de programação, dentre outros. A maior parte dos centros foi instalada nas áreas mais pobres da cidade.<sup>14</sup>

Superada a questão prévia da alfabetização digital, o direito de acesso à informação contida na rede é melhor entendido quando visualizamos que ele pode ser violado. Isso porque uma vez conectado à internet, o indivíduo terá acesso a toda a rede, salvo se for bloqueado. Por essa razão, tal dimensão gera preferencialmente uma prestação negativa do Estado, o qual tem o dever de não impedir a livre navegação dos usuários, salvo se for o caso de conteúdos ilícitos.

A título de exemplo, a China possui um complexo sistema de filtragem e bloqueio, que ficou conhecido pelos internautas como *the great firewall of China*. Ele utiliza uma variedade de técnicas sobrepostas para bloquear conteúdos considerados politicamente sensíveis pelo governo, em especial aqueles que têm o potencial de causar impacto no controle da estabilidade social pelo Partido Comunista. Por essa razão, direciona-se principalmente a páginas escritas em chinês e relacionadas especificamente a problemas chineses.<sup>15</sup>

A China é hoje o país com o maior número de internautas, sendo que mais de 90% deles possui acesso de banda larga, e possui o maior mercado de telefonia móvel do mundo. O país possui um Ministério de Indústria e de Tecnologia da Informação, criado em 2008, que absorveu as funções do antigo Ministério da Informação. Ele é responsável por regular as telecomunicações, a internet, a banda larga, os eletrônicos, os computadores e os *softwares*. O acesso físico à internet também é controlado pelo Ministério e os provedores de acesso são licenciados pelo Estado.<sup>16</sup>

Sob o pretexto de estar protegendo “as mentes e os corpos dos jovens”, as autoridades chinesas já removeram da internet mais de três milhões de itens que veiculavam conteúdos considerados impróprios, como

---

<sup>13</sup> ProInfo Integrado. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13156:proinfo-integrado&catid=271:seed](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13156:proinfo-integrado&catid=271:seed)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>14</sup> Inclusão Digital. Disponível em:

<[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao\\_digital/](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao_digital/)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>15</sup> DEIBERT, Ronald et al. *Access Controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2010. p. 467.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 453-454.

conteúdos pornográficos e relacionados a assuntos políticos. Além disso, mais de 1.250 *sites* foram deletados, incluindo um serviço de *blog*, o *Bullog.cn*, que era considerado um portal liberal.<sup>17</sup>

O sistema mais radical, contudo, é o da Coreia do Norte. O país é considerado um “buraco negro” no ciberespaço porque a sua internet é formada basicamente por uma intranet composta de aproximadamente trinta sites, todos aprovados pelo governo. E devido ao alto preço da conexão (cerca de dez dólares por hora), o acesso está disponível para poucos cidadãos e estrangeiros, como diplomatas, jornalistas, homens de negócios e turistas.<sup>18</sup>

Contudo, algumas vezes essa dimensão do direito de acesso ora em estudo também exigirá que o Estado aja positivamente, impedindo a violação do direito de alguns particulares por outros, em típico caso de eficácia horizontal de direitos fundamentais. Tal ocorreria se, por exemplo, um provedor de acesso à internet impedisse que seus usuários-consumidores acessassem certos dados na internet, como sites específicos ou vídeos.

Por fim, vale uma observação. A discussão sobre os limites do direito de acesso à informação disponível na rede pode ser remetida à discussão sobre até que ponto deve avançar a liberdade de expressão e de informação e até que ponto é legítimo que um Estado ou um agente privado que atua na internet, controle o conteúdo que seus cidadãos ou usuários acessam na rede mundial. Tal discussão, contudo, foge ao escopo da presente proposta.

### Conclusão

Frente ao exposto, é possível concluir que o conteúdo do direito de acesso à internet, previsto no art. 4º, I, da Lei 12.965/14 (marco civil da internet), deve incluir duas dimensões. A primeira pode ser classificada como dimensão do direito de acesso à infraestrutura física, definida como o direito de acesso a aparelhos eletrônicos conectados à internet e aptos a utilizar a maior parte dos recursos oferecidos pela rede. Já a segunda pode ser classificada como dimensão do direito de acesso à informação disponível na rede, definido como o direito de acessar livremente dados lícitos na internet.

Uma vez reconhecido tal conteúdo, conclui-se que o Poder Público deve garantir o acesso à infraestrutura física (gerando o direito a uma prestação preponderantemente positiva), bem como o Estado e particulares têm o dever de não interferir no acesso (direito a uma prestação preponderantemente negativa), sob pena de se configurar censura. Assim, a correta identificação do conteúdo do direito de acesso à internet, nascido na era digital, é fundamental para que o Ministério Público possa, em sua atuação diária, exigir judicialmente sua concretização.

### Referências

AMATO, Fábio. *Decreto reduz a zero PIS e Cofins sobre smartphones*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/decreto-reduz-zero-pis-e-cofins-sobre-celular-que-acessa-internet.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Capital de SC terá 30 novos orelhões com acesso gratuito à internet. <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/03/capital-de-sc-tera-30-novos-orelhoes-com-acesso-gratuito-internet.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

CORDEIRO, Leticia. *141 cidades têm toda área urbana coberta com Wi-Fi no Brasil*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/141-cidades-tem-toda-area-urbana-coberta-com-wi-fi-no-brasil>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

DEIBERT, Ronald et al. *Access Controlled: the shaping of power, rights, and rule in cyberspace*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2010.

DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied: the practice and policy of global internet filtering*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008.

Governo vai distribuir tablets a professores do ensino médio da rede pública. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/ensino/contendo.phtml?id=1306146&tit=Governo-vai-distribuir-tablets-a-professores-do-ensino-medio-da-rede-publica>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 454-456.

<sup>18</sup> DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied: the practice and policy of global internet filtering*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008. p. 347-349.

Inclusão Digital. Disponível em: <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao\\_digital/](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao_digital/)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Ministério das Comunicações. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/inclusao-digital/acoes-e-programas/cidades-digitais>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais*. Kindle ed., 2010.

Portal da Cidadania. Disponível em: <<http://comunidades.mda.gov.br/dotlrn/clubs/territoriosdigitais>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Porto Velho Online. Disponível em: <<http://www.portovelho.ro.gov.br/artigo/prefeitura-expande-area-abrangencia-programa-porto-velho-online-0>>. Acesso em 16 ago. 2015.

Programa GESAC. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/gesac>>. Acesso em 16 ago. 2015.

ProInfo Integrado. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13156:proinfo-integrado&catid=271:seed](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13156:proinfo-integrado&catid=271:seed)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

RUE, Frank La. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. A/HRC/17/27. [S.l.] Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)> Acesso em: 16 ago. 2015.

***NATUREZA JURÍDICA DA AUDIÊNCIA  
INFORMAL PREVISTA NO ESTATUTO  
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -  
LEI N. 8.069/90***

*EPAMINONDAS DA COSTA*

A audiência informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em Direito Público Subjetivo do Autor do ato Infracional.

Epaminondas da Costa  
Promotor de Justiça na Comarca de Uberlândia-MG

### *Síntese dogmática*

A audiência informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em direito público subjetivo do autor do ato infracional.

A par de prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a experiência profissional tem demonstrado que essa entrevista pelo órgão ministerial permite uma melhor avaliação *sensorial* a respeito da conveniência e a da oportunidade da proposta de remissão com ou sem carga (cumulada com medidas socioeducativas de meio aberto), nos termos dos arts. 126 e 127 do precitado Estatuto. Analisar-se-á, principalmente, a legitimidade da manutenção da privação de liberdade do autor do ato infracional; sendo o caso, deverá ser formulado o pedido de internação provisória pelo órgão do Ministério Público.

### *Introdução*

No Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 1990 (ECA) há previsão de que, praticado o ato infracional e instaurado o competente procedimento investigativo ou lavrado o Boletim de Ocorrência pertinente, será realizada a *audiência informal* pelo Ministério Público com o autor do ato infracional (adolescente) e, em sendo possível, com a vítima e testemunhas (art. 179 do ECA). Inexiste disciplinamento no referido Estatuto quanto a este ato administrativo e, além disso, os estudos da doutrina a seu respeito são bastante escassos.

Em resumo, pretende-se discutir aqui se se trata de ato obrigatório ou facultativo, do ponto de vista da decisão do órgão do Ministério Público de realizá-lo ou não, independente da existência de corrente jurisprudencial proclamando a ausência de nulidade processual pela não-realização da audiência informal.

### *Fundamentação*

O autor da presente tese exerce as funções de defesa dos direitos da criança e do adolescente há mais de onze anos na Comarca de Uberlândia-MG, na qual existe vara especializada na referida matéria. Por esta razão, tem sido observado ao longo dos anos quão importante se revela a audiência informal, notadamente em relação a autores de atos infracionais cujas condições socioeconômicas dos pais ou responsáveis não lhes permitam contar com a assistência de advogados constituídos. As Defensorias Públicas carecem até então de número suficiente de profissionais, fazendo com que, portanto, grande parte das demandas da população pobre deixe de ser recepcionada pela mencionada Instituição.

Não é raro que a descrição ou a *tipificação* do ato infracional pela Polícia Militar ou pela Polícia Civil seja discrepante daquilo que efetivamente tenha ocorrido. Sem contar a existência do *indiciamento* por meras

---

<sup>1</sup> Tese aprovada por unanimidade no XI Congresso Estadual da Associação Mineira do Ministério Público, realizado em Ouro Preto-MG, nos dias 3 e 5 de setembro de 2014.

conjecturas, sem indícios suficientes de autoria e de materialidade, sobretudo no tráfico ilícito de drogas, dentre outras infrações penais.

A título de registro, basta ser lembrado que, na Comarca de Uberlândia, já houve a apreensão e autuação em flagrante por suposto roubo mediante agressão física e em concurso de pessoas, ao passo que, durante a entrevista com os autores do ato infracional, conjugada com a leitura dos depoimentos da vítima e das testemunhas, foi constatado ter sido praticado, em princípio, o ato infracional denominado exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).

Quer dizer, realizada a audiência informal, e uma vez que foi detectado o possível equívoco policial, sobreveio a soltura imediata daqueles adolescentes, já que este último ato infracional (art. 345 do Código Penal) não comportaria, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa de internação, e sim uma medida de meio aberto (prestação de serviços à comunidade, advertência ou liberdade assistida).

De igual forma, tem sido bastante comum, no tráfico ilícito de drogas, que a simples informação vaga, colhida por policiais militares, sem a identificação da fonte, conduza à apreensão e autuação em flagrante de inimputáveis, mas quem deveria ser preso permanece em liberdade, cooptando outros adolescentes para o mundo do crime.

Aliás, numa situação em que a vítima estava sendo “torturada” por traficantes, tendo estes empreendido fuga com a chegada da Polícia Militar, um adolescente, que se encontrava no local para comprar substância entorpecente, veio a ser autuado em flagrante como coautor do ato infracional tipificado como extorsão mediante sequestro. Isto porque, o ofendido estava sob o poder de traficantes, com a sua liberdade de ir e vir frustrada no momento em que ela era agredida física e psicologicamente, para garantir vantagem econômica àqueles. Por pouco, o inimputável em questão ficaria internado (“preso”), enquanto os marginais perigosos permanecem soltos até hoje, segundo se acredita.

Nas audiências informais, os adolescentes comparecem habitualmente sem a assistência de advogados, sendo que a genitora, quase sempre, é quem se faz presente ao ato ministerial, portanto, sozinha, sem apoio do marido ou do companheiro e, ainda, sem assistência jurídica. Inexiste a determinação legal expressa da nomeação de defensor dativo por ocasião da realização de tal ato administrativo, embora haja posicionamento doutrinário eloquente defendendo a obrigatoriedade da referida assistência jurídica.

Vê-se, pois, que esse ato ministerial se reveste de muita relevância jurídica e social, o qual, porém, não precisa seguir determinado padrão procedimental, até porque a própria lei estabelece que a audiência é informal, sem seguir fórmulas sacramentais. Ela pode consistir numa simples entrevista com o autor do ato infracional e os seus responsáveis legais, permitindo, assim, que se tenha melhor percepção sensorial do caso e das condições que o tenham eventualmente ensejado, tais como a forma da educação familiar, comportamento escolar e social, consumo de substâncias entorpecentes ou a ingestão de bebidas alcoólicas e outras coisas mais.

Com isto, pode-se avaliar a conveniência e a oportunidade da proposta de remissão com ou sem carga (cumulada com medidas socioeducativas de meio aberto), nos termos dos arts. 126 e 127 do citado Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ser analisada, principalmente, a legitimidade da manutenção da privação de liberdade do autor do ato infracional; sendo o caso, deverá ser formulado o pedido de internação provisória pelo órgão do Ministério Público, a fim de que advenha a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 108 do ECA). Do contrário, deverá ser providenciada a imediata “soltura” daquele a quem se atribua a prática de ato infracional.

Outrossim, a audiência informal pode estar encerrada num pequeno resumo contido em formulário, com vistas a apontar o que foi observado na entrevista com o autor do ato infracional, ou simplesmente ser

mencionada no requerimento de internação provisória ou na peça inaugural da ação socioeducativa (Representação).

Qualquer que seja a maneira de efetivação da audiência informal, quer sob a forma de entrevista sem registro documental, quer sob a forma de termo de declarações, ela se mostra indispensável, pois do contrário nem sequer haveria a previsão legal da sua realização pelo Ministério Público, nos termos do art. 179 do precitado Estatuto. A sua efetivação pelo Ministério Público concorre, em muitos casos, como visto acima, para a restituição imediata da liberdade do autor do ato infracional, inclusive por iniciativa direta do Promotor de Justiça.

De fato, se a autoridade policial pode e deve fazer a entrega ao responsável do adolescente apreendido na flagrância de ato infracional, em que a internação provisória se afigurar ilegítima ou sem plausibilidade factual, o mesmo há de ser concluído, forçosamente, em relação ao órgão do Ministério Público. Noutros termos, tais autoridades administrativas podem restituir a liberdade do autor do infracional, contanto que ele não esteja submetido à privação de liberdade por ato judicial.

A analogia que ora se faz, estendendo-se ao órgão do Ministério Público a prerrogativa legal deferida à autoridade policial (art. 174 do ECA), visa a beneficiar o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, sobretudo à luz do princípio legal da excepcionalidade da medida de internação (art. 121, *caput*, do ECA). O que não pode haver é a internação de inimputáveis sem a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Em termos práticos, a “soltura” de adolescente apreendido na flagrância de ato infracional, e apresentado ao Ministério Público para ser ouvido informalmente, poderá ocorrer mediante ofício endereçado à direção da unidade de internação, requisitando-lhe que proceda à entrega incontinenti do adolescente ao seu responsável. Isto deverá ocorrer imediatamente à realização da audiência informal, com fundamento no art. 201, VIII do ECA.

Diante do que foi exposto até aqui, defende-se a tese de que a audiência informal se constitui em direito público subjetivo do autor de ato infracional, sendo esta, pois, a sua natureza jurídica.

Advirta-se que o precitado ato administrativo enseja a oportunidade à família, em contato direto com o órgão do Ministério Público, de ser corretamente informada dos motivos da apreensão e autuação em flagrante de inimputáveis, considerados como pessoas em peculiar fase de desenvolvimento e, por isto, sujeitos à proteção especial da família, da sociedade e do Estado (art. 227, § 3º, IV e V da Constituição Federal).

Finalmente, como se sabe, parte expressiva da jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, tem assentado que a ausência da realização da audiência informal não provoca nulidade processual, reconhecendo-a como ato facultativo do Ministério Público. Este é também o pensamento do eminente Procurador de Justiça paulista Paulo Afonso Garrido de Paula, coautor do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo-o, inclusive, sob o fundamento de que o adolescente não pode ser chamado a produzir provas contra si.

### *Conclusão*

A audiência informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em direito público subjetivo do autor do ato infracional.

### *Anexo I (Formulário: Audiência Informal/ Remissão Sem Carga)*

*Audiência Informal/Remissão Sem Carga*

CARTA PRECATÓRIA Nº: 2014.0083.2360/NOTÍCIA DE FATO Nº: MPMG-0702.14.002509-0

ATO(S) INFRACIONAL(IS): “art. 140, § 3º do Código Penal”

DATA E HORÁRIO DOS FATOS: 03/03/2014, por volta de 15h30, na cidade de Caldas Novas-GO

NOME DO(A) ADOLESCENTE: Sicrana de Tal

DATA DE NASCIMENTO: 08/04/1996 – com 18 anos de idade, na atualidade

ACOMPANHADO(A) POR: mãe e Dr. Defensor constituído

ENDEREÇO RESIDENCIAL: nos autos

TELEFONES: nos autos

*SÍNTESE DOS FATOS E DE OUTROS DADOS RELEVANTES*

A então adolescente acima nomeado(a), em companhia de seu/sua “representante legal/responsável”, compareceu nesta data perante o 20º Promotor de Justiça, tendo declarado: **(x)** serem verdadeiros, em parte, os fatos mencionados nos autos, confirmando que apenas chamou a vítima de “neguinha”, sendo que o desentendimento ocorreu, por causa de vaga em estacionamento. A declarante foi ofendida, inicialmente, pela vítima, a qual fez uso de palavras de baixo calão contra a informante; **(x)** não trabalha; **(x)** não estuda, porém já concluiu o ensino médio; **(x)** não faz uso de drogas; **(x)** não havia até então tido problemas com a Polícia e/ou com a Justiça; **(x)** não está em cumprimento de medida socioeducativa. *INFORMAÇÕES DO(A) ACOMPANHANTE:* **(x)** excelente filha; **(x)** obediente e cooperativa em casa; **(x)** vive acompanhado(a) de pessoas de boa índole; **(x)** possui/possuía conduta escolar exemplar; **(x)** não tem por hábito praticar condutas antissociais.

*DA PROPOSTA DE REMISSÃO SEM CARGA*

Trata-se de ato infracional que não envolveu o emprego de violência ou de grave ameaça a pessoa e, além disso, a então adolescente demonstrou, no conjunto dos dados ora colhidos, ser de excelente índole, sujeita à autoridade familiar e que não traz qualquer risco de “reiteração infracional”.

PORTANTO, concedo aqui a chamada REMISSÃO SEM CARGA, fazendo-o com arrimo nos arts. 126 e 127 da Lei nº 8.069 de 1990, ficando a então adolescente advertida das consequências da prática de nova infração penal.

Mãe, adolescente e o seu Defensor aceitaram a proposta de remissão tal qual proposta aqui.

*Uberlândia, 25 de julho de 2014.*

(As.) Promotor de Justiça

(As.) Declarante

(As.) Acompanhante

(As.) Defensor

*Bibliografia*

CURY, Munir *et alii* (coordenadores). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: 1992;

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

ROSSATO, Luciano Alves *et alii*. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.



***INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS  
NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA  
E AO ADOLESCENTE: CUMPRIMENTO  
DE SENTENÇA E A EXTINÇÃO DO  
PROCESSO POR FALTA DE BENS  
PENHORÁVEIS DO DEVEDOR***

*EPAMINONDAS DA COSTA*

Diante do que enuncia o Art. 267, VI do Código de Processo Civil, ou seja, a máquina Judiciária não pode ser movimentada inutilmente, é perfeitamente possível, Juridicamente, a extinção da execução para a cobrança de multa de natureza administrativa, por falta de bens penhoráveis do devedor.

*Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente: cumprimento de sentença e a extinção do processo por falta de bens penhoráveis do devedor<sup>1</sup>*

Epaminondas da Costa  
Promotor de Justiça na Comarca de Uberlândia-MG

*Síntese dogmática*

É perfeitamente possível, juridicamente, a extinção *singular* da execução originada de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, tendo em vista a ausência de bens penhoráveis, ou em razão do paradeiro incerto do devedor. Isto porque, conforme enuncia o art. 267, VI do Código de Processo Civil, por analogia, a máquina judiciária não pode ser movimentada inutilmente. Há, ainda, o reconhecimento indireto pelo Supremo Tribunal Federal de que o processo pode ser extinto, “por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida em cobrança”, consoante citação contida na sentença apresentada ao final desta tese.

*Considerações introdutórias*

As hipóteses caracterizadoras de infração administrativa às normas de proteção à infância e à adolescência estão previstas em artigos específicos da Lei n. 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo que a sanção estabelecida no referido Estatuto é aquela de natureza pecuniária.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que o art. 267, VI do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 1973, subsidiariamente, enuncia que a máquina judiciária não deve ser movimentada inutilmente.

Anote-se, desde logo, que casos há, e muitos, em que a frustração no cumprimento da sentença condenatória por infração administrativa às normas do ECA decorre justamente do estado de pobreza de muitos devedores, que não conseguem levar adiante o empreendimento econômico então iniciado.

*Fundamentação*

O art. 194 da Lei n. 8.069 de 1990 estabelece o seguinte: “*O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por 2 (duas) testemunhas, se possível.*”

A situação a ser discutida nesta tese refere-se, mais especificamente, aos casos em que, concluído o *procedimento judicial* para a imposição da correspondente sanção pecuniária, o oficial de justiça não consiga encontrar o devedor ou localizar bens penhoráveis para a satisfação da pretensão creditícia em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, a teor do disposto no art. 214, § 1º do ECA<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Tese aprovada por unanimidade no XI Congresso Estadual promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, realizado no período de 3 a 5 de setembro de 2014, na cidade de Ouro Preto-MG.

<sup>2</sup> Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Nos termos do art. 2º, § 1º da Lei n. 6.830 de 1980 (Lei de Execução Fiscal), o crédito suprarreferido integra o conceito de Dívida Ativa da Fazenda Pública, embora a sua cobrança, em caráter especial, caiba ao Ministério Público, por força do disposto no art. 214, § 1º do precitado Estatuto (ECA).

Lado outro, à luz do disposto no art. 40, §§ 2º e 3º da Lei de Execução Fiscal, o arquivamento dos autos ali previsto, por causa da ausência de bens penhoráveis, encerra a ideia de extinção anômala da execução, com a possibilidade da sua retomada posteriormente, contanto que haja a descoberta posterior do patrimônio do devedor.

A rigor, essa extinção atípica da execução, pelo *prazo máximo de 1 (um) ano*, a contar da tentativa frustrada da efetivação da penhora de bens, fundamenta-se no fato de que os processos judiciais não podem aguardar indefinidamente a verificação de determinada situação fática capaz de propiciar o seu encerramento por ato do juiz.

Aliás, não é sem razão que o art. 267, incisos IV e VI do Código de Processo Civil trata expressamente da extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando não houver os seus *pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular* ou o *interesse processual*, por exemplo.

É evidente que a existência de bens penhoráveis se coloca como condição ou pressuposto essencial para o prosseguimento de qualquer execução, confundindo-se, inclusive, com o interesse processual, até porque não se afigura razoável ou concebível a movimentação inútil da máquina judiciária. Noutros termos, o desenvolvimento da atividade administrativa no âmbito do Poder Judiciário, de forma manifestamente inócua, vai de encontro ao princípio constitucional da economicidade.

De mais a mais, o art. 1º da Lei de Execução Fiscal estabelece a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à cobrança judicial regulada na referida Lei,

Consequentemente, a extinção do processo após o suprarreferido arquivamento, alicerçada em nova tentativa frustrada de localização do devedor ou do seu patrimônio, apresenta-se como a medida mais adequada à realização das diretrizes normativas oriundas do art. 125 do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 1973, especialmente a “*rápida solução do litígio e a prevenção ou repressão de ato contrário à dignidade da justiça*”.

Essa extinção estará fundamentada na ausência de pressuposto processual para o prosseguimento regular do cumprimento da sentença condenatória, consistente na existência objetiva de bens penhoráveis do devedor; alternativamente, fundamentar-se-á na ausência de interesse processual, visto que, factualmente, não será possível a satisfação da pretensão creditícia, objeto do cumprimento da sentença condenatória. Basta ser lavrada a competente certidão nos autos pelo oficial de justiça, no que diz respeito à não-localização do devedor ou do seu patrimônio.

Diga-se de passagem que o processo judicial de cobranças de dívidas não pode ser antieconômico, por óbvio.

Enfim, a solução ora apresentada tem sido empregada com êxito há vários anos na Comarca de Uberlândia-MG, em casos não-numerosos, com o destaque de que a satisfação espontânea ou forçada do crédito em questão tem sido bem sucedida na maioria das vezes.

Segue, pois, a título de anexo, o modelo de sentença judicial extintiva da execução, por causa da ausência de bens penhoráveis do devedor; nela há citação de doutrina e de jurisprudência a respeito do tema em questão.

*Conclusão*

É perfeitamente possível, juridicamente, a extinção *singular* da execução originada de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, tendo em vista a ausência de bens penhoráveis, ou em razão do paradeiro incerto do devedor.

Uberlândia, 17 de agosto de 2015.

*Anexo I (extinção de execução por falta de bens penhoráveis)*

**S E N T E N Ç A**

Vistos

Versa o presente feito sobre cumprimento de sentença, atinente a aplicação de multa por infração administrativa, no qual, até o presente momento, ainda não foi efetivado o pagamento do débito ou localizado bens passíveis de penhora.

Dado vista ao presentante do Ministério Público, parte legitimada para promover a execução, este pugnou pela extinção do feito, sob argumento de que as despesas necessárias para a continuidade da execução seriam superiores ao valor exequendo.

*Decido.*

O ajuizamento e trâmite de ações de cumprimento de sentença, assemelhadas à execução fiscal, que objetivam o recebimento de valores ínfimos prejudica a prestação jurisdicional, cujas soluções visam a pacificação social, bem como o andamento dos processos executivos que objetivam o recebimento de valores expressivos.

Quando a atividade jurisdicional demanda mais dinheiro ou trabalho que as vantagens que dela se auferem, falta interesse de agir ao proponente, havendo desproporcionalidade entre o custo e o benefício demandado.

Ademais, tendo passado longo período, não houve o recebimento do crédito, indicando ser inócua e pouco proveitosa a continuidade deste feito.

Conforme excelente transcrição que consta na decisão monocrática do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, do colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida em 15 de dezembro de 1998 e publicada em 12 de fevereiro de 1999 (Recurso Extraordinário nº 241.017/SP):

*A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traduz a utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exequente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despende cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestiona a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Alvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT., 1996).*

A jurisprudência vem se orientando no sentido de que é inviável economicamente uma ação de execução fiscal que objetive o recebimento de montante inferior ao limite previsto no artigo 34 da Lei 6.830/80.

A propósito, confira-se:

*Recurso extraordinário - Execução fiscal - Insignificância da dívida ativa em cobrança - Ausência do interesse de agir - Extinção do processo - Recurso Extraordinário não conhecido.*

*- O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.<sup>3</sup> O acesso ao Poder Judiciário é garantia que tem de ser dosada pelo mínimo interesse de agir. Quando a ação envolve interesse patrimonial menor do que os gastos do processo, justifica-se a virtuosa limitação legal do art. 34 da Lei nº 6.830/80.<sup>4</sup>*

O eminente desembargador LUCAS SÁVIO V. GOMES, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao proferir seu voto na Apelação Cível nº 000.208.044-8/00, julgada em 15 de março de 2001, a respeito da matéria em comento, pronunciou, *verbis*:

*É de bom alvitre observar, ângulo outro, a inexistência de qualquer ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, porquanto indiscutível a falta de interesse de agir da exequirente/gravante, ao manejar ação executiva fiscal para cobrança de valor que não a justifica, ante o seu custo que será, obviamente, mais oneroso. Neste sentido é, inclusive, o tranqüilo posicionamento do S. T. F., como se vê do seguinte aresto: "Inexiste ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário" (RT 722/168). Insta observar, por derradeiro, para que não reste qualquer dúvida, que, hoje, as 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, extintas em 1996, teriam, aplicando-se os índices de atualização utilizados na Justiça do Estado de Minas Gerais, o valor aproximadamente acima de quatrocentos reais (R\$400,00), valor este superior ao que se pretende executar nos presentes autos.*

A extinção da presente execução, por falta de interesse de agir, não significa que está havendo extinção ou exclusão do crédito tributário. Conforme orientação constante no referido Recurso Extraordinário nº 241.017/SP, "respeitados os prazos prescricionais, a soma dos créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade".

Aliado a isso, a parte legitimada para promover a execução também requereu a extinção do presente feito.

Por derradeiro, ressalto que as condições da ação são apreciáveis de ofício e a qualquer tempo.

Posto isso, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, de ofício, *JULGO EXTINTA A EXECUÇÃO* e determino o arquivamento, sem ônus para as partes.

P. R. I.

Uberlândia, 18 de setembro de 2009.

Édila Moreira Manosso  
Juíza de Direito

### *Bibliografia*

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996;

CURY, Munir *et alii* (coordenadores). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: 1992;

<sup>3</sup> STF, Segunda Turma, RE-252965/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO, j. 23/03/2000, DJ 29/09/2000.

<sup>4</sup> TJMG, Agravo Regimental no agravo nº 230159-6/01, Rel. ALMEIDA MELO, j. 31/05/2001.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990;

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989;

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

ROSSATO, Luciano Alves *et alii*. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

***MINISTÉRIO PÚBLICO:  
ESSENCIAL À CONQUISTA DOS  
DIREITOS HUMANOS AMBIENTAIS  
NA ERA DIGITAL***

*GERALDO MARGELA CORREIA*

A Era Digital traz instrumentos importantes a serem utilizados pelo Ministério Público no impulso necessário à efetivação de Políticas Públicas Ambientais e implementação da Constituição Federal de 1988 e da Legislação Ambiental.

**XXI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO NO FUTURO: AINDA DEFENSOR DOS DIREITOS  
HUMANOS E OS DESAFIOS DA ERA DIGITAL?**

**Geraldo Margela Correia**

**PROCURADOR DE JUSTIÇA APOSENTADO**

**SUMÁRIO:**

1. Introdução
2. Desenvolvimento
3. Conclusões Articuladas
4. Resumo

**I - INTRODUÇÃO**

Direitos Humanos e Meio Ambientes.

Para saber do futuro do Ministério Público quanto a continuar a ser defensor dos Direitos Humanos é investigação deveras instigante a quem se debruçar sobre o tema, escolhido por nossa CONAMP para o XXI Congresso neste Ano da Graça de 2015, quanto às possibilidades postas nesta era digital.

Consultando nossa Constituição multiemendada (como erraram os constituintes originários, não é mesmo?) temos o elenco dos Direitos Humanos no artigo 5º com vários incisos e parágrafos, em verdade são os direitos fundamentais, pois constitucionalizados. Os Direitos Humanos propriamente ditos são aqueles postos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

A questão que pomos para esta tese é a referente à necessidade do Ministério Público ser NESTA ERA DIGITAL ainda O DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS.

Vamos centrar nossa argumentação na consideração de ser o Direito Humano ao MEIO AMBIENTE um Direito Fundamental, dada a sua essencialidade, como se prescreve no art. 225, “caput”, da CR 88, litteris:” 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.”. Embora não esteja no elenco do no art. 5º da CR 88, o direito ao meio ambiente constitui-se também em direito fundamental justamente em razão de ser considerado essencial.



Mesmo que tal não fosse aceito, em razão de uma possível exigência formal, não se pode desconhecer que sendo o Brasil signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da posterior Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de Estocolmo de 1972, importa dizer que tais Declarações têm força de lei interna, assim, desmistificando a formalidade que alguém pudesse exigir.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. PROBLEMAS ATUAIS

Uma análise sucinta da questão ambiental nos leva a considerar que desde a chamada Revolução Industrial houve um considerável avanço nas estruturas terrestres sempre em busca de insumos para a produção de bens de consumo, quase sempre sem qualquer preocupação quanto aos danos que tais ações poderiam trazer ao meio ambiente, capazes de alterações também na vida humana, como de resto, de todos os seres vivos, animais, vegetais e outras espécies.

O lançamento de gases metano e carbônico, como de outros gases causadores de efeito estufa, evoluíram de tal forma que hoje temos um grave problema de mudanças climáticas ( o assunto vem tratado na Declaração sobre Meio Ambiente do Rio de 1992 ), capaz de, em última instância, acelerar e causar a morte dos ecossistemas terrestres, ao final exterminando a vida de todas as espécies, incluindo os seres humanos.

Tal se deve ao lançamento de tais gases por fábricas, automóveis, e primitivamente, pela queima de lenha em trens “Maria Fumaça”, exterminando matas, como as do bioma Caatinga no Nordeste Brasileiro e causando o aquecimento global com a plêiade de outros graves problemas que isto vem acarretar, bastando que se diga da desertificação e das chuvas ácidas sobre regiões próximas às grandes fontes poluidoras, dos países com maior taxa de emissão dos referidos gases.

A ausência de políticas públicas e de consciência da sociedade quanto ao alcance destes problemas, faz que haja ocupação de áreas com função ambiental perfeitamente descrita e até mesmo legislada, mesmo que com imperfeições, como as áreas de proteção ambiental, atinge cada vez mais as matas, os rios ou a água onde quer que se encontre, não havendo preocupação com as bacias hidrográficas, junto às quais se estabelecem comunidades que degradam tais bacias com toda sorte de efluentes e de lançamento de resíduos contaminantes, em detrimento de suas próprias vidas, especialmente por ocasião das chuvas e inundações que com frequência ocorrem.

À destruição das florestas segue a desproteção das águas, com o desaparecimento de fontes e nascentes, o assoreamento dos rios e a degradação dos manguezais, onde ocorrem. Os problemas estão presentes, criados pelo próprio homem, seja por ignorância, por ganância ou simplesmente porque entende a natureza e a vida como

coisas que não se incluem em suas preocupações, dando-lhes tratamento inconsequente e destrutivo.

## 2.2. A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS

Ante os graves problemas que se apresentam resta-nos saber se ainda temos condições de deter e reverter a situação a que estamos expostos nas presentes condições, ou se atingimos o ponto que os especialistas chamam de “ não retorno”.

Temos já um esforço genuíno de Associações, Organizações Não Governamentais e empresas no sentido de trabalhar para alcançar a sustentabilidade, que vem a ser um conjunto de ações capazes de tornar o meio ambiente suscetível de uso solidário intergeracional, desta geração e das próximas que venham a suceder-nos em nosso planeta.

Esforço que ainda parece não suficiente para segurança de que teremos sucesso nas tarefas necessárias à reversão dos problemas e à construção da sustentabilidade ambiental.

Certamente deverá haver mais trabalhos e mais estudos. Deverão os atores sociais tomar consciência dos reais perigos que deveremos enfrentar e educar as novas gerações para o respeito necessário aos ecossistemas , incluindo trabalhos de recuperação daqueles que ainda podem ser restaurados para exercer suas funções essenciais em benefício da vida É forçoso aplicar no mínimo o que vem descrito nos textos legais, mas ainda buscar o convencimento de que a ciência tem papel importante , se não preponderante, na indicação do que pode e deve ser preservado e conservado.

Há que capacitar os integrantes dos órgãos públicos de controle e estabelecer poderes que dê a eles a possibilidade de enfrentar de verdade o desrespeito às normas estabelecidas. Também é necessário que o poder público estabeleça políticas de organizar, de fato, a ocupação dos espaços possíveis, favorecendo as comunidades menos favorecidas, para que não arrisquem suas vidas em ocupações inviáveis nas quais sofrerão mais danos do que benefícios.

Como indutor de políticas públicas, cabe ao Ministério Público do futuro um ingente esforço de enfrentamento das questões naquelas áreas mais sensíveis o que exige o estabelecimento de planos e programas que tenham continuidade, não importando quem exerça os cargos já constituídos e que mais cargos sejam criados para o enfrentamento de inúmeros problemas que são trazidos para sua análise e ação que possibilitem respostas adequadas a eles e, especialmente, que as estruturas propostas

na legislação que cria secretarias e outros órgãos sejam de fato estabelecidas para efetividade das ações de tais estruturas, sempre esquecidas..

Deve, ainda, o Ministério Público estabelecer uma política de aproximação com os atores sociais para estabelecer com eles uma troca eficiente de conhecimento e uma conjugação de esforços que possibilitem eficiência na resposta às demandas e até avance no conhecimento antecipado dos problemas e, de ofício, instaurar procedimentos para solução, por quem de direito, das questões postas.

O Ministério Público é ator dos mais importantes nesta seara de trabalhos.

### 2.3. A ERA DIGITAL

A Era Digital exige que sejamos articulados para estabelecermos pontes de comunicação capazes de dar relevo aos problemas apontados, seja para os órgãos responsáveis pela gestão e pela fiscalização dos problemas ambientais, seja para a sociedade que a Constituição de 1988 determina que seja solidária na proteção, reconstrução e renaturalização dos ambientes agredidos ou em risco de agressão, seja por empresas, seja pelos próprios membros da sociedade que se traduz quase sempre em ocupações em áreas protegidas que constituem áreas de grande risco para os que as ocupam. São inúmeros os exemplos de desastres que atingem tais pessoas por ocasião das enchentes provocadas por chuvas torrenciais. Assim, além das ações de correção de tais problemas há necessidade de informações gerais e rápidas de alerta aos cidadãos para que possam livra-se das consequências das tragédias.

### 3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Pensamos que já podemos articular conclusões a partir do que foi exposto:

3.1 Os problemas ambientais são problemas que significam o desrespeito “ao, 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.”- no dizer constitucional sendo, pois, direito humano fundamental positivado em nossa legislação constitucional e infraconstitucional e, ainda que não o fosse, por ser o Brasil signatário de importantes documentos que tratam dos direitos humanos, dentre eles avultando o direito ao meio ambiente, somente por isso já seríamos obrigados a obedecer aos comandos de tais documentos.

3.2 Os problemas ambientais avultam em importância pelo fato de atingirem o cerne da vida no planeta Terra e, destarte, dos seres humanos, com a destruição dos ecossistemas nos quais se desenrola o magnífico espetáculo da vida.

3.3. Papel dos mais importantes se reserva já agora e no futuro ao, seja como articulador de ações, como indutor de políticas públicas nesta área, por meio de estímulo à criação de Câmaras Sociais permanentes de caráter preventivo de monitoramento das ações, seja com propulsor de procedimentos e processos que venham a significar a correção de rumos necessária à permanência do homem e

demais seres vivos em seu habitat natural, para que todos aprendamos a tratar nossa Terra com o respeito que devemos ter para com nosso lar..

3.4. A sociedade e os órgãos públicos com responsabilidades estabelecidas para a proteção e restauração dos processos essenciais do meio ambiente reconhecem que o MP tem um papel relevante de integração e articulação das tarefas necessárias ao cumprimento do desiderato constitucional e, assim, os Gestores Ministeriais são obrigados a levar em conta esta nova realidade, qualificando seus membros e orçamentar tais atividades.

3.5. A utilização de conhecimentos e técnicas existentes e sempre se construindo nesta Era Digital pode e deve ser de grande valia aos trabalhos do Ministério Público, seja antecipadamente, cuidando das questões que surgem na mídia digital para prosseguir no estabelecimento de ações que induzam políticas públicas ambientais, seja dando conhecimento de tais ações à sociedade para conhecimento e auxílio que ela possa efetivar para melhoria das intervenções, trazendo a possibilidade de maior agilidade quanto à solução dos problemas postos. O bem que fazemos deve ser conhecido para que possa frutificar em outros territórios nos quais haja necessidade de impulsos que a mídia é sempre capaz de explorar.

#### 4. RESUMO

A tese aborda o meio ambiente e as questões postas pelo homem no confronto com a natureza, de forma que sejam realizadas políticas públicas efetivas para proteção e renaturalização dos bens ambientais, sendo eles componentes de um "macrobem" que deve ser apreciado e tratado como uma unidade de interesse difuso e coletivo, uma vez que suas funções se exercem sempre na perspectiva do bem comum. Do modo como ainda é tratado traz consequências capazes de inviabilizar a vida em nosso Planeta Terra. Há exigências, pois, de que todos os meios ao alcance do homem sejam utilizados para por fim a esta insana conduta humana em face da natureza. Assim é que se trona necessário estabelecer legislações protetivas e que estas sejam efetivamente implementadas de sorte a afastar os problemas que se apresentam influenciando o clima e deteriorando os ecossistemas, exigindo esforço extremo dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas postas na legislação, sendo ator importante e indispensável neste esforço o Ministério Público, que deverá utilizar todos os instrumentos postos para sua ação, incluindo as mídias da era digital.

# ***O MINISTÉRIO PÚBLICO NA VANGUARDA DO COMBATE AO RACISMO***

*VILSON FARIAS*

Fala-se muito de uma perfeita Democracia Racial no Brasil, quando na verdade o preconceito, a segregação e a perseguição racial são crimes crônicos em nossa sociedade, sendo indispensável que o Ministério Público seja parte da discussão dessa realidade no Brasil.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO NA VANGUARDA DO COMBATE AO RACISMO

Vilson Farias

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito Civil pela Universidade de Granada (Espanha). Pós-Doutorado em Direito Penal 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. PROMOTOR DE JUSTIÇA APOSENTADO. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCCRIM. Membro da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Advogado. Autor dos livros: Os Direitos e Deveres do Empregado e do Empregador Doméstico à luz da Emenda Constitucional nº. 72/2013 (com incursão no direito comparado), Aspectos materiais, processuais e sociológicos; Temas de direito Criminal; Temas de Direito Público e Direito Privado; Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça; Flamante Reforma no 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 ou Culpa Consciente); Coautor do livro Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público 2013 apresentando a tese: O Ministério Público e a 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 e do Assistente de Acusação, XVII Congresso Nacional do Ministério Público 2009, tese: O Ministério Público e a Vítima do Delito, além de inúmeros artigos para jornais e revistas especializadas.

### 1. INTRODUÇÃO

Fala-se muito de uma perfeita democracia racial no Brasil, quando na verdade o preconceito, a segregação e a perseguição racial são crimes crônicos em nossa sociedade. E quem é a maior vítima do racismo brasileiro? É o negro.

Colocando em discussão essa realidade no Brasil de hoje, mostraremos com visibilidade toda a discriminação racial estampada na humilhação diária, na falta de perspectiva, na marginalização e na condenação do negro à condições inferiores de educação, de saúde e de trabalho. Procuraremos, ainda, refletir sobre essa doença social brasileira, mostrando as sutilezas que tentam mascarar seus sintomas e as possíveis formas de combatê-la.

Na realidade, nossos posicionamentos foram dissecados na tese que defendemos na conclusão do pós-doutorado que realizamos na *Universidad Del Museo Social Argentino*, em Buenos Aires, no ano de 2013. Quando defendemos: Racismo à luz do direito criminal, aspectos penais, processuais e sociológicos (com incursão no direito comparado).

Por entendermos que a instituição do Ministério Público deve estar à frente, em nosso país, no combate do racismo, é que resolvemos apresentar um trabalho neste congresso.

É oportuno que se registre de plano que o Brasil foi o último país livre no ocidente a abolir a prática bárbara do trabalho escravo. Durante três séculos, a elite brasileira capturou, traficou, explorou e torturou africanos e seus descendentes, sem causar muito escândalo. Joaquim Nabuco percebeu que a exploração do trabalho escravo perverteria a sociedade brasileira, a começar pela própria elite escravocrata, ele tinha razão, como bem escreveu a psicanalista Maria Rikehl, eis por que, ainda, vivermos sérias consequências desse crime prolongado que só terminou porque se tornou economicamente inviável. Por outro lado, é importante destacar que as lutas sangrentas empreendidas pelo negro escravo durante o período escravocrata também influíram na derrocada da escravidão.

Reúno reflexões teóricas e políticas a que cheguei durante o trabalho que defendi no pós-doutorado, quando não lhe faltaram críticas e sugestões que me ajudaram a preparar esta tese.

Em nosso longo processo de aprendizagem, que ocorre não apenas por meio da escola, mas também em casa, nas ruas, nos livros, no cinema, na televisão, entre outros meios, quase sempre associamos diretamente a escravidão aos negros. Não é para menos. Afinal, os quase 400 terríveis anos de escravatura negra deixaram profundas marcas entre nós, facilmente, perceptíveis em histórias e piadas, carregadas de preconceitos. Esse legado, é tão forte que, para nós, parece que a única escravidão da história, foi a que atingiu os povos africanos. Não obstante, há registro da prática de escravidão na maioria dos povos, culturas e regiões do mundo.

No início do século XVI, o tráfico negreiro já era um importante lucrativo setor do crescente comércio colonial. Diferente dos indígenas, cuja captura no interior da colônia portuguesa da América, produzia poucos lucros, os escravos africanos eram considerados altamente lucrativos do ponto de vista comercial, já que representavam o coração de todo o sistema colonial, em 1711, **em cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas, o Jesuíta André Jon Antonil assim expressou toda a importância do escravo africano para a colonização portuguesa: “São as mãos e os pés do senhor do engenho”.**

O escravo negro simplesmente gerava atributos para o rei e lucros para a burguesia metropolitana e para os comerciantes da colônia, garantia a honra e a riqueza da nobreza e dos senhores e sustentavam o trabalho de catequização e expansão da fé realizada pela igreja. Como se vê, não foi por acaso que o Brasil foi um dos últimos países do mundo a abolir o trabalho escravo de africanos, e seus descendentes, ultrapassando o limite do campo e ganhando a cidade de tal forma que, segundo a historiadora Emília Viot da Costa, praticamente, todo o trabalho era realizado por braços africanos, nas cidades, eram carregadores das mais variáveis cargas, como pesados pianos, móveis de todo tamanho, caixas e mercadorias, apenas para exemplificar.

É importante ressaltar que os escravos em geral mantinham entre si diversos laços de solidariedade étnica e religiosa, como confrarias e irmandades e partilhavam tradições, crenças e artes, embora viessem de diferentes nações do continente africano. Outra característica da sociedade brasileira era a miscigenação. Nos primeiros séculos da colonização e conquista do Brasil, em grande parte da escassez de mulheres brancas, os homens brancos tiveram filhos com mulheres indígenas ou africanas.

A abolição da escravatura deve ser compreendida no contexto de uma conjectura econômica de expansão das fazendas de café para a exportação, principalmente, no oeste paulista como consequente aumento da necessidade de mão de obra e a decisão de importar trabalhadores europeus, mas também não podemos olvidar as conjecturas políticas e sociais.

O grupo de sustentação do poder monárquico enfrentava uma oposição crescente, sobretudo dos partidários da república e dos abolicionistas, e de um aumento de fuga dos escravos. Tais causas devem ser adicionadas no contexto internacional, onde ocorriam importantes transformações. Após a revolução industrial, a Inglaterra procurou aumentar o mercado consumidor para seus produtos industrializados (tecidos, roupas, ferramentas agrícolas, etc...). Pois bem, como os escravos não recebiam salários, como também ocorria em toda América. No Brasil, a abolição da escravatura e a proclamação da república foram reflexos diretos desta conjuntura.

Mas será que a questão do negro só existia enquanto o Brasil vivia sem o manto sombrio da escravidão, ou, muito contrário, está, ainda, muito presente em nós. Será que o fim da escravidão liquidou a dívida da sociedade do estado brasileiro para com a população negra? Será que, a partir da abolição, os negros se integraram à sociedade como homens e mulheres livres, com direitos iguais aos demais cidadãos livres, dependendo seu sucesso unicamente a seu esforço pessoal?

Diria que não, pois, a restituição da liberdade aos negros só teria sido efetiva se fosse acompanhada de diversas medidas que lhes assegurassem real integração à nova sociedade que se construía, entre elas, o acesso a terra. Como bem ensinam Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jaques d’Adesque, tanto no meio rural, como no meio urbano, a liberdade restituída com a lei Áurea, representou mais um passaporte de exclusão do que um convite à participação igual e efetiva no mundo do trabalho livre que então se inaugurava. Entregues à própria sorte, os negros e seus descendentes, vêm, desde então construindo sua história a despeito de que tudo que lhes foi e continua sendo negado, nos espaços que conseguiu ocupar, como bem escreve os autores já referidos na obra “Racismo, preconceito e intolerância”.

É importante inserir neste trabalho, que, a discussão sobre “raça” nunca foi neutra, e até hoje causa constrangimento entre os brasileiros, não devemos esquecer também que os povos indígenas eram diferentes dos conquistadores europeus e que, desde o século XVI, os portugueses definiam índios, negros, judeus e mouros como membros de “raças infectas”. Assim, a história da colonização do território brasileiro é uma história de diferença entre os homens, marcada desde o início por concepções racistas, de superioridade e inferioridade.

Na verdade, tais princípios estiveram presentes na colonização de todo o território americano, e suas consequências mais diretas foram, além da expropriação da terra de seus habitantes nativos, o cativeiro e a morte de milhões de indígenas e africanos, esses fatos não devem ser esquecidos quando pensamos na tão elogiada mestiçagem brasileira.

Como bem escreve Ana Lucia e E.F. Valente, na obra “Ser negro no Brasil hoje”, “aqui no Brasil só não vence quem não quer”, é a fala comum daqueles que ainda acreditam no mito da democracia racial, o que não existe, pois é irreal a igualdade de raças no Brasil. Não obstante, essa é a ideia oficial vendida para o público, principalmente para o exterior. O norte do mito da democracia racial é esconder os conflitos raciais existentes e diminuir sua importância, passando uma ideia mais agradável para a sociedade. Assim, esse mito consegue controlar a população negra com a eficácia, sem exercer uma violência visível, como aconteceu nos Estados Unidos e na África do Sul.

Pois aqui a violência é invisível, ou será também visível como deixa transparecer a autora citada? Mas filio-me a ideia de que o controle é traduzido pela manutenção dos negros onde sua presença é aceitável nos porões da sociedade. É, também, nas brechas da ascensão, como no esporte e na música. O mais expressivo é que isso passa a não ser questionado nem pelo próprio negro.

O mito impede qualquer ação organizada e conjunta dos negros no combate ao racismo, porém essa ideia, muito bem orquestrada por intelectuais racistas, foi derrotada pela ação do movimento negro.

Diria ainda, que um comportamento derivado do mito da democracia racial, é o paternalismo branco. Sabe qual? Aquela tapinha nas costas do negro, seguido de frases como: “Você é um negro de alma branca”, “Apesar de negro, você é legal”, “Apesar de negro você é inteligente”. Será que a solução dar-se-ia através do direito penal. Diria que o mito da democracia racial brasileira, além de estabelecer uma falsa consciência sobre as relações raciais no Brasil, impediu por quase um século, que as práticas de discriminação racial fossem criminalizadas.

A única legislação existente até 1988, a Lei nº. 1.390, de 3/7/51, Lei Afonso Arinos, considerava as manifestações de racismo como meras contravenções penais, sancionadas com irrisórias penas de multa. A Carta Magna (Constituição de 1988) consagrou os esforços e a luta dos movimentos negros brasileiros ao reconhecer a prática do racismo em nossa sociedade, e instituído como um crime inafiançável e imprescritível, contrariando a longa tradição de mascaramento do racismo presente na sociedade brasileira, através do mito da democracia racial.

A jurista Katia Elenise Oliveira da Silva na obra: “O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação”, efetua aprofundado estudo das leis anti-discriminatórias em vigor e conclui pela insuficiência do direito penal como instrumento capaz de enfrentar a discriminação. Ao estabelecer os limites e o papel do direito penal, sustenta que a ineficácia das leis penais anti-discriminatórias se deve ao desrespeito pelos marcos conformadores do direito repressivo. É dizer: “Utiliza-se do direito penal indevida e desnecessariamente”. Neste sentido, e ainda que não adote uma perspectiva minimalista, o trabalho recorre a noção de que um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal deve ser necessariamente mínima (subsidiária), expressando somente a ideia de proteção dos bens jurídicos vitais para a vida do homem em sociedade, como bem escreve o desembargador Mário José Gomes Pereira, no prefácio da obra. A jurista defende, também, que o uso de um direito penal promocional, além de desbordar sua função própria, gerando sua ineficácia, autoriza a adoção de um direito penal de máxima intervenção.

Ao analisar a intersecção entre direito e relação racial no Brasil, agregando à disciplina jurídica as contribuições de ciência, como sociologia, psicologia, antropologia e outras, concede quanto ao fato de que a



inscrição do princípio da não-discriminação e as reiteradas declarações de igualdade tem sido insuficientes para estancar a reprodução de práticas discriminatórias da sociedade brasileira.

Assim é que a dimensão factual, empírica, do direito a igualdade à luz dos estudos sobre a discriminação racial, nas relações cotidianas, revela flagrante violação de pelo menos dois conteúdos jurídicos fundamentais: Igualdade de fruição de direitos e Igualdade na aplicação da lei.

Por isso, a discriminação no Brasil é prática recorrente, encoberta por uma cultura de impunidade, o que justifica cada vez mais uma participação ativa do *parquet* no combate ao racismo enfrentado pelo negro no Brasil.

Conclui-se também que os limites das legislações atuais são claros: visam atacar atos de discriminação e retirar barreiras impostas por práticas racistas.

Porém, concordando com o desembargador Mário, elas não vão suprimir a grande deficiência das condições de concorrência às oportunidades de trabalho, ou de acesso à educação que a maioria dos afro-brasileiros, por exemplo, estão a vivenciar. A legislação criminal ou mesmo a civil não pode dar respostas a problemas dos quais não foram elaboradas.

Diante do exposto, devemos continuar a luta para que se compreenda melhor o problema as implicações na discriminação em qualquer de suas formas. A tarefa é árdua, mas faz parte de um processo de construção da liberdade que ainda está em andamento.

## **2. RACISMO E SISTEMA PENAL À LUZ DO LABELING APPROACH**

Racismo e sistema penal têm desenvolvido uma relação histórica de intimidade, como bem ensina o jurista Fabiano Augusto Martins Silveira. Demonstram-no inúmeras pesquisas empíricas na obra “Da criminalização do racismo, aspectos sociocriminológicos” refere-se, por exemplo, o estudo de Sérgio Adorno, que parte da hipótese da maior severidade da justiça penal com criminosos negros. Tendo como recorte empírico, uma mostra representativa dos crimes violentos julgados em primeira instância na Comarca de São Paulo, no ano de 1990:

Os resultados alcançados, até este momento, indicaram maior incidência de prisões em flagrantes para réus negros (58,1%) comparativamente a réus brancos (46,0%). Tal aspecto parece traduzir maior vigilância policial sobre a população negra do que sobre a população branca. Há maior proporção de réus brancos respondendo a processo em liberdade (27,0%) comparativamente a réus negros (15,5%). Réus negros dependem mais da assistência judiciária proporcionada pelo Estado (defensoria pública e dativa, correspondendo a 62%) comparativamente a réus brancos (39,5%). Em contrapartida 60,5% dos réus brancos possuem defensoria constituída, enquanto apenas 38,1% dos réus negros se encontram nessa mesma condição. [...] De todos os brancos que se dispuseram a apresentar provas testemunhais, 48% foram absolvidos e 52% condenados. Entretanto, entre os réus negros que se valeram desse exercício, 28,2% foram absolvidos enquanto 71,8% foram condenados. Finalmente, a maior inclinação condenatória também parece estar associada à cor da vítima. Réus brancos que agridem vítimas da mesma etnia revelam maior probabilidade de absolvição (54,8%) do que de condenação (42,2%). Quando o agressor é negro e a vítima é branca, o quadro se inverte. Entre estes, a proporção de condenados (57,8%) é superior à de absolvidos (42,2%). Tudo parece indicar, portanto, que a cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça.

Na mesma linha, depois de examinarem matérias jornalísticas diárias de trinta órgãos de imprensa de 14 estados brasileiros, Dijaci D. de Oliveira *et al.* Puderam concluir:

[...] os negros e seus descendentes no Brasil são três vezes mais assassinados pela polícia que os brancos, ou seja, se no plano biológico, o da mistura racial, não é fácil saber que é negro no Brasil, no plano das relações raciais, ou sociológico, a identificação parece ser simples e, na maioria das vezes, fatal para os negros. Isso quer dizer que se cientificamente (ou biologicamente) a cor/raça negra não existe, socialmente ela é uma realidade. E, nesse caso específico, ela é categoria social de homicídio.

Não pode ser esquecido o notável trabalho jornalístico de Caco Barcelos, que, pesquisando dados das vítimas fatais de “tiroteios” com a Polícia Militar do Estado de São Paulo, entre 1970 e 1992, a partir de notícias do jornal Notícias Populares, informações dos parentes das vítimas e de minuciosa investigação sobre arquivos do Instituto Médico Legal de São Paulo, conseguiu formar um perfil dos assassinados:

Para nós, mais importante do que contabilizar o número de mortos era levantar as informações para identificar e conhecer as pessoas que os policiais militares vêm matando há 22 anos em São Paulo. Com o registro de 4.179 casos de tiroteios no Banco de Dados, acreditamos ter conseguido, depois de dois anos de trabalho, chegar ao perfil das vítimas dos matadores. Homem jovem, 20 anos. Negro ou pardo. Migrante baiano. Pobre. Trabalhador sem especialização. Renda inferior a 100 dólares mensais. Morador de periferia da cidade. Baixa instrução, primeiro grau incompleto.

Dados comprovam que morrem mais negros do que brancos no Brasil. Segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade, os jovens negros têm 2,6 mais chances de morrer que os brancos. Os dados da pesquisa foram atualizados em 2014 para incluir a desigualdade racial, e o resultado foi que o risco de os adolescentes e jovens de 12 anos a 29 anos sofrerem violência aumentam quando esse fator é levado em conta. A média se refere a 2012, último ano em que há dados consolidados, e mostra pequeno aumento em relação há cinco anos. Em 2007, o risco nacional era 2,3.

Encomendada pelo governo federal ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a pesquisa também faz um recorte por unidades da Federação e coloca a Paraíba no topo do ranking. Lá, a chance de o jovem negro morrer violentamente, assassinado ou em acidentes de trânsito é 13,4 vezes maior do que a do jovem branco. No Paraná, estado com menor risco, a proporção é inversa, pois a taxa de homicídios de jovens brancos é um pouco maior que a de negros: 0,7. Valores mais próximos de um, indicam maior proximidade entre os dois segmentos.

Secretário de Juventude, Esporte e Lazer do Estado, Carlos Ribério Santos lembrou que as autoridades públicas locais estão atentas para o problema e que os dados não são uma “novidade”. Ele informou que desde 2011 algumas ações estão sendo desenvolvidas no âmbito do esporte, da cultura, da educação e saúde, na tentativa de “criar um cenário favorável à diminuição dessa mortalidade”. Mas que “ainda é cedo” para apresentar resultados.

Uma das iniciativas tem o objetivo de inserir o jovem negro ao mercado de trabalho. Demandante da pesquisa, a Secretaria Nacional da Juventude tem o Plano Juventude Viva como principal programa de enfrentamento aos índices. A finalidade é prevenir a violência contra a juventude negra em 142 municípios, considerados prioritários.

Essas cidades concentraram em 2010, 70% dos homicídios de jovens negros. Para Fernanda Papa, coordenadora do plano, os dados contribuem para analisar por que o jovem negro é mais exposto e mostrar a necessidade de mais políticas públicas para esse grupo.

Renato Sérgio de Lima, que coordenou o estudo, destacou a importância de um monitoramento sistemático desses índices e da implantação de políticas voltadas à prevenção de mortes. Para ele, essa gestão integrada dos dados vai permitir “mapear de forma precisa os territórios que exigem investimento específico”, de

forma inteligente. “Não é só passar dinheiro, é costurar grande pacto pela integração desses sistemas de monitoramento. O que o Brasil aplica não é suficiente, mas está longe de ser pouco. Precisa melhorar a qualidade de investimento”, defendeu.

O estudo, ainda preliminar, deve ser lançado nos próximos dias pela Secretaria-Geral da Presidência da República. De acordo com Fernanda Papa, o próximo passo será apresentar o índice aos estados e disponibilizá-lo a pesquisadores e instituições de segurança pública.

O sistema de persecução penal no Brasil (judiciário, Ministério Público e Polícia) falha no combate ao racismo, os dados acima elencados por si só já justificariam a afirmativa, razão pela qual julgo oportuno que a nossa instituição seja revista na sua estratégia e nas suas políticas de enfrentamento, o que pretendemos justificar na conclusão desse trabalho.

O professor Fabiano Augusto Martins Silveira, na obra “Da criminalização do racismo”, sustenta que aqueles números, reforçariam a teoria de que a eficiência de certos estereótipos para atrair a preferência do sistema penal, é notório que os estudos sobre os estereótipos levaram a uma verdadeira reviravolta para a digmática da criminologia, interrogando os tradicionais conceitos de criminalidade e criminoso, então vistos como realidades pré-moldadas e passíveis de verificação objetiva.

Um número considerável de teorias, em sua maior parte associada aos postulados do interacionismo simbólico será atraído pelo designativo de paradigma da reação social (Labelling approach), reformulando o campo das preocupações criminológicas, sobretudo no que diz respeito aos processos de criminalização e de etiquetamento. Gostaríamos de avançar nesse tema, mas por uma questão de espaço, resta-nos apenas frisar que as práticas punitivas exercem sobre o indivíduo, então, uma prolongada função estigmatizante, razão pela qual a seletividade do sistema penal passa a reclamar símbolos, senhas, alvos, para os quais direcionará prioritariamente o controle social. Em outras palavras, como já assinalou Alessandro Baratta, não há seletividade que prescindida de estereótipos funcionalmente socializados.

Antônio Luis Paixão, por isso sustenta, que o racismo é coadjuvante do sistema penal, na medida em que constrói simbolicamente o estereótipo do negro como criminoso. E mesmo antes disso: o estereótipo do criminoso não é construído exclusivamente a partir das reações formais, mas também por reações informais (entre as quais a discriminação racial), sem solução de continuidade. O sistema penal, diz Vera Regina P. de Andrade, “não realiza o processo de criminalização e estigmatização, à margem, inclusive, contra os processos gerais de etiquetamento, que tem lugar, no seio do controle social informal”.

Concluirei alicerçado em Alessandro Baratta, pelo professor Fabiano Augusto: “Racismo e sistema penal podem ser estudados, pois, numa relação de complementaridade.” Não que os mecanismos de discriminação sejam absolutamente idênticos. Vivem, porém em simbiose. E, como não há rivalidade nesse tipo de relação, senão cooperação, racismo e sistema penal proliferam-se associativamente: o preconceito racial formula o estereótipo do negro criminoso; o sistema penal reforça-o por meio de um chamamento presente ou futuro, com destaque para a atuação das células policiais. No nível simbólico, ou seja, no nível das representações recíprocas que os grupos constroem interativamente, o racismo estará particularmente empenhado em pôr à mesa uma série de rebaixamentos sobre o negro, fazendo pesar-lhe a acusação de criminoso em potencial. Proveitosamente, o sistema penal reintensifica como pode o aludido estereótipo, convocando os discriminados a prestarem explicações reiteradas vezes. Não é demais, assim, afirmar que o sistema penal representa a continuidade do racismo por outros meios ou que, o sistema de discriminação penal está organicamente vinculado ao sistema de discriminação racial.

Não obstante, devo registrar que o Brasil foi condenado por não punir caso de racismo em 2006 se não vejamos na reportagem da Folha de São Paulo que passamos a transcrever literalmente:

OEA condena Brasil por não punir caso de racismo

A comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em uma decisão inédita até o ano de 2006, condenou o Brasil em um caso de discriminação racial. De

acordo com o organismo internacional, o Estado brasileiro violou artigos da Convenção Racial ao permitir que um caso de racismo fosse arquivado sem abertura de uma ação penal.

Esse constituiu o primeiro caso em que um país do continente americano é responsabilizado pelo sistema interamericano de direitos humanos pelo crime de discriminação racial. No início do mês de novembro de 2006, um relatório da OEA indicou que o Estado brasileiro falhou ao não cumprir a sua obrigação, definida em convenções internacionais as quais assinou, de garantir a investigação de um caso de racismo.

A sanção da comissão da OEA, que também fez determinação de reparação ao governo brasileiro, foi divulgada a mais de oito anos depois de o caso ter sido arquivado pela Justiça de São Paulo, a pedido do Ministério Público, para os órgãos da Justiça, a empregada doméstica Simone André Diniz não foi vítima de discriminação, apesar de ela afirmar o contrário.

No dia 02 de março do ano de 1997, uma amiga de Simone encontrou entre os anúncios de classificados uma vaga para empregada doméstica, sendo que um dos requisitos anunciados era a “preferência branca”. Simone insistiu e resolveu telefonar para o anunciante, o qual confirmou a exigência racial. Simone, mesmo dizendo-se ser negra, tentou argumentar, porém o anunciante foi irredutível, havia a necessidade de ser branca.

Ao desligar o telefone, Simone em seguida telefonou para a subcomissão do negro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de São Paulo. Ali se iniciou uma campanha que, à época, reuniu mais de cem entidades de classe, de direitos humanos e do movimento negro.

Simone denunciou o caso à polícia e então foi aberto um inquérito policial. Já na delegacia, o anunciante confirmou preferência por candidata branca, justificando sua discriminação racial pelo fato de uma ex-empregada, negra, ter maltratado os seus filhos.

Após 14 dias desde a denúncia de Simone, a polícia concluiu o inquérito e o encaminhou à Justiça, sem responsabilizar ninguém. À época do ocorrido, o Ministério Público pediu o arquivamento do caso, argumentando que não havia “qualquer ato de racismo” ou ainda “base para oferecimento da denúncia”.

De modo lamentável, a recomendação do promotor de justiça foi acatada pelo juiz de direito, que arquivou o caso antes mesmo de ele vir a se tornar uma ação penal. Tal atitude do juiz provocou manifestações das entidades e o caso foi denunciado à comissão da OEA e, assim, foi a primeira vez que o Estado brasileiro era denunciado na OEA por racismo.

Por vários anos o caso tramitou na comissão da OEA, sendo que o Instituto do Negro Padre Batista e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional eram os responsáveis pela denúncia na época da reportagem e o advogado do Instituto do Negro Padre Batista já dizia que o anúncio em si já constituía uma prova de racismo.

Para a então coordenadora do departamento jurídico do Instituto, o depoimento do anunciante serve como confissão da discriminação ao qual foi acusado. Questionou a coordenadora: “Não acredito que a versão dele seja verdadeira. Mas, se for, ele queria fazer o que? Se a doméstica que teria batido em seus filhos fosse branca, ele colocaria um anúncio pedindo empregada negra ou asiática?”.

Em seu relatório, a comissão da OEA estipulou que o Brasil reconhecesse publicamente a violação aos direitos de Simone, tendo o dever de indenizá-la,

prestar apoio financeiro a fim de que Simone conclua em curso superior e ainda a comissão da OEA determinou a reabertura das investigações.

### 3. A REALIDADE DO RACISMO NO BRASIL E NO EXTERIOR

A demonstração do racismo em torno do mundo, desde os tempos mais remotos sempre incomodou a humanidade, e desde há tempos vem sensibilizando a sociedade e as autoridades mundiais, no sentido de se coibir essa manifestação preconceituosa. Embora combatida, a prática do racismo ainda é evidente, demonstrada sem pudor em diversos países.

Apenas para exemplificar, podemos afirmar que na Argentina, Inglaterra, Espanha, Itália, Rússia, entre outro, é comumente perpetrada nos estádios de futebol, por torcedores inescrupulosos, especialmente contra atletas brasileiros, constringidos a suportar todo o tipo de demonstrações racistas, como a visão de gestos semelhantes aos dos símios, a audição de expressões injuriosas, faixas estendidas sobre os estádios com inscrição de frases e vocábulos depreciativos, arremesso de bananas no gramado onde se realizam a partida de futebol e até mesmo sobre o próprio jogador.

No Brasil, isto também está acontecendo frequentemente, como demonstraremos num dos capítulos do nosso próximo livro em torno do assunto, razão pela qual, não é verdade que em nosso país talvez pelo fato de possuir uma população miscigenada, com prevalência de indivíduos de peles negras e pardas, o racismo se apresenta apenas de forma mitigada, em cotejo com outros povos. Pois, os veículos de comunicação, recorrentemente, noticiam episódios envolvendo tal prática.

Com intuito de erradicar esta prática repugnante, o estado brasileiro, ao longo dos anos, criou legislações específicas visando o combate e a punição daqueles que ousarem expressar atitudes antirraciais.

Paralelamente à órbita criminal, diante desta dívida histórica que o nosso país possui contra os negros, constata-se referenciais negativos do negro no mercado de trabalho, razão pela qual foi criada a lei 7.716/89 que proíbe a prática da discriminação racial na contratação, como dispõe o art. 4 e seguintes senão vejamos:

Art. 4º. Negar ou obstar emprego em empresa privada:

Pena-reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

1§º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I – Deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II – Impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III – Proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§2º Ficarà sujeito as penas de multa e de prestação de serviço a comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça e etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

As dificuldades enfrentadas pelo negro no dia-a-dia no mercado de trabalho são consequências do preconceito que sofrem desde após a escravidão. Inúmeros estudos, a respeito da inclusão dos negros no mercado de trabalho, bem como, a comparação com grau de importância dos cargos ocupados, e também das

diferenças salariais entre negros e brancos, razão pela qual, surgiram leis antidiscriminatórias e ações afirmativas que o estado vem aplicando para combater tal discriminação.

No campo da educação podemos afirmar categoricamente que não restam dúvidas das dificuldades enfrentadas pelo negro. Por isso, a criação das cotas raciais para acesso ao ensino superior, parece-me, uma política correta.

No que se refere aos direitos humanos, é oportuno frisar a lentidão dos Estados (inclusive o Brasil) em aderirem aos tratados que garantem a igualdade racial.

No campo da saúde pública são diárias as dificuldades enfrentadas pelo negro. Segundos estudos realizados por Silva e Figueiredo, no livro “Críticas sobre políticas, ações e programas de saúde implementadas no Brasil”, a população negra enfrentou a exclusão das políticas públicas de saúde até o final dos anos 70, passando a ter uma significativa melhora a partir de 1988 com a nova Constituição Federal.

É importante registrar a participação do Movimento Negro Organizado que tranquilamente influenciou o governo a criar a mais importante medida voltada para a saúde dos negros, atualmente, que é a política nacional de saúde integral da população negra, a qual busca exterminar qualquer forma de racismo presente nos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e manter a igualdade na saúde oferecida aos brancos e negros. Essa política foi instituída pela portaria n. 992, de 13 de maio de 2009.

Diante de todas essas dificuldades enfrentadas pelo negro no Brasil, é oportuno deixar algumas linhas sobre as cotas raciais. Diria ainda, que elas caracterizam-se como um modelo de ação afirmativa que foi implantada em alguns países com o objetivo de amenizar desigualdades sociais, econômicas e educacionais entre raças. Essa medida surgiu nos Estados Unidos em 1960, visando reduzir a desigualdade socioeconômica entre brancos e negros.

No Brasil, as cotas raciais surgiram a partir dos anos 2000, quando universidades e órgãos públicos começaram a adotar essa medida em vestibulares e concursos, a primeira instituição de ensino no Brasil a adotar o sistema de cotas raciais, foi a Universidade de Brasília, em junho de 2004, a partir desse momento, várias universidades passaram a aderir à proposta, beneficiando muitos alunos que não teriam acesso à universidade, caso essa medida não fosse implementada.

Cabe destacar que tal medida não visa beneficiar somente negros, mas também os indígenas que são uma parcela da população conhecidamente muito excluída das políticas públicas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÕES**

A lei 2.288 de 20 de julho de 2010, Estatuto da Igualdade Racial, que recentemente fez cinco anos, de modo revolucionário, trata a desigualdade racial como matéria de interesse coletivo, difuso, a envolver políticas públicas e práticas sociais responsáveis no enfrentamento de situações de injustificada diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, diante de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, não se limitando a atuação reativa, pontual, em relação às discriminações raciais diretas.

De plano é imprescindível atentar para o art. 33 desta lei, que garante aos discriminados racialmente o acesso à Ouvidoria Permanente da Câmara dos Deputados, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobre maneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal, com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, como fiscal dos demais poderes públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

O Ministério Público, órgão essencial à administração da justiça, como se obtém do artigo 127 da Carta Magna, é instituição incumbida de cuidar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, como dispõe o art. 129, inciso II. Realmente, não tem sido eficiente no combate ao racismo, embora, em alguns estados, tenha realizado, alguns esparsos trabalhos, utilizando uma prática institucional que vai de encontro às violações de direito sofrida pela população negra, e em consequência, cria problemas à implementação de políticas públicas e afirmativas.

O racismo institucional enquanto prática institucional resultante de estereótipos racistas, presente nas organizações e instituições que restringem a participação de determinado grupo racial, também se reflete no Ministério Público, como bem escreve Maria Bernadete Martins de Azevedo Figueroa, procuradora de justiça de Pernambuco, ora afetando a punibilidade do racismo, ora forjando uma conduta rígida, frente às populações discriminadas, de modo a dificultar uma atuação institucional eficiente e adequada, o que exige a discussão, análise, compreensão e disseminação desse conceito.

As leis 10.639 de 9 de janeiro de 2003 e 11.645 de 10 de março de 2008 que tratam da inclusão obrigatória na rede de ensino da temática de História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena, são letras mortas, pois, lamentavelmente não são colocadas em prática em todo território nacional, não obstante, a alguns estados esparsamente colocam-nas em evidência, mas tais exceções confirmam a regra.

Também é verdade que na análise do crime de racismo, embora seja inafiançável e imprescritível, como se obtém da Constituição, a prática institucional tem levado em muitos casos à impunidade, pelo motivo de que as ações, em tese lícitas, são observadas num contexto discursivo, que favorece uma interpretação benéfica para o agente discriminador. O qual é considerado quase sempre, autor de injúria qualificada, o que leva frequentemente a incidência da decadência, quando na realidade, a conduta praticada seria típica do art. 20 da lei 7.716/89 que é imprescritível, e em consequência o Ministério Público seria o titular da ação.

Diante da ausência do Ministério Público (Federal e Estadual) em zelar efetivamente, julgo imprescindível que sejam adotadas políticas institucionais de trabalho, tanto a nível estadual, quanto federal, pois o Brasil já foi condenado pela OEA, e também pela inércia no combate ao racismo, e ainda, pelo fato de que o Brasil renovou compromissos no combate à discriminação racial na conferência mundial contra o racismo que se realizou em setembro de 2001 em Durban na África. Eis por que sugiro as seguintes proposições:

- a) Criar estruturas funcionais permanentes e multidisciplinares no sentido de que as leis 10.639/03 e 11.645/08 sejam realmente implementadas;
- b) Preparar os promotores de justiça, procuradores de justiça, procuradores da república e funcionários do Ministério Público em geral para familiarizarem-se com o Estatuto da Igualdade Racial. (lei 2.288/10)
- c) Incentivar as escolas do Ministério Público para aproximarem os quadros docente e discente com os movimentos negros no sentido de familiarizarem-se com os problemas do dia-a-dia que sofre os negros, diante da dívida histórica, que o país tem com eles, principalmente no terreno da educação, saúde, segurança e etc.
- d) Proporcionar ações afirmativas (cotas para o ingresso) de negros no Ministério Público, tanto como promotores de justiça, procuradores da república, e servidores em geral.

Enfim, que o Ministério Público do Brasil promova políticas e estratégias para diminuir ou equacionar a dívida histórica que o país tem para com os negros, tanto na área civil como criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERDARDES, Célia Regina Ody. **Racismo de estado: uma reflexão a partir da crítica da razão argumental de Michael Foucault**. Célia Regina Ody Bernardes. Curitiba. 2013.

BORGES, Edson. **Racismo, preconceito e intolerância**. Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros, Jacques D'Ades Ky; coordenação Wanderley Lacante. 7ª edição. São Paulo. Atual. 2009.

COUTRIS, Carena. *Discriminación étnico-racial: discursos públicos y experiencias cotidianas: un estudio centrado en la colectividad coreana*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

DA SILVA, Katia Eliene Oliveira. **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação**, Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2001.

FARIAS, Vilson. **Temas de Direito Criminal**. Gráfica Editora Pallotti, Santa Maria, 2009.

FARIAS, Vilson. **Temas de Direito Público e Direito Privado**. Gráfica Livraria Mundial, Pelotas, 2011.

FARIAS, Vilson. **Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça**. Gráfica Livraria Mundial, Pelotas, 2012.

FARIAS, Vison. **Temas de Direito Público e Direito Privado II**. Gráfica Livraria Mundial, Pelotas, 2013.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal Comentado incluindo a história de cada um dos tipos penais, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata**. 2ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2008.

GERALDO DA SILVA, José; ROGÉRIO BONINI, Paulo; LAVORENTI, Wilson. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 12ª edição. Campinas. Editora Millenium. 2011.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. Antonio Sérgio Guimarães. São Paulo. Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. Ed 34. 1999.

GUZZO, Maria Auxiliadora Dias. Silva Jardim. **Política, Economia, Questão Social, Abolicionismo, Racismo**. São Paulo. Ícone. 2003.

**Nós, os afro-gaúchos** / coordenadores Euzébio Assumpção e Mário Maestri...[et al]. 2ª edição. Porto Alegre. Ed. Universidade/UFRGS, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2006.

PEREIRA, Amilcan Araujo. **“O mundo negro”: relações raciais e a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil**. Amilcan Araujo Pereira. Rio de Janeiro. Pallas. FAPERJ. 2013.

**Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Roy Carone, Maria Aparecida Silva Bento (organizadores). 5ª edição. Petrópolis, RJ. Vozes. 2012.

**Racismo em Mente** / organizado por Michael P. Luine e Tomas Patari; tradução de Fábio Assunção Lombardi Rezende. São Paulo. Madras. 2005.

RISÉRIO, Antonio. **A utopia brasileira e os movimentos negros**. Antonio Risério. São Paulo. Ed. 34. 2007.

SANTOS, Ricardo Pinto dos, 1976-. **Entre “Rivais”: Futebol, Racismo e Modernidade no Rio de Janeiro e em Buenos Aires (1897-1924)**. Ricardo Pinto dos Santos. Maucaud X. Rio de Janeiro, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil. Lilia Moritz Schwarcz**. 2ª ed. São Paulo. Publifolha. Folha Explica. 2012.

SILVA, AMAURY; SILVA, ARTUR CARLOS. **Crimes de racismo**. Leme/SP. Editora J.H. Mizuno, 2012.



SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2012.

VALENTE, Ana Lúcia E.F. **Ser Negro no Brasil Hoje**. Ana Lúcia E.F. Valente. São Paulo. Editora Moderna. 1987.

# ***REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO***

*CLAUDIO SMIRNE DINIZ*

A contratação de Serviços Advocatícios pela Administração, por inexigibilidade de licitação, pressupõe: procedimento administrativo, delimitação do objeto do contrato, impossibilidade de realização do serviço pelo quadro próprio, singularidade do serviço, notória especialização e preço compatível.

## REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Cláudio Smirne Diniz<sup>1</sup>

### 1 – EXPOSIÇÃO

No âmbito da Administração Pública, os serviços advocatícios, os quais compreendem as funções de representação judicial e extrajudicial e também a consultoria jurídica, são prestados, em **regra**, por advogados públicos, recrutados por meio de concurso de provas e títulos. Após a respectiva investidura, esses servidores passam a integrar carreira própria, devidamente estruturada (CF, arts. 131 e 132).

A terceirização da execução dessas atividades, transferindo-as a profissionais estranhos aos quadros da Administração Pública, por meio de contrato de prestação de serviços, mediante prévio procedimento licitatório, no qual se assegure igualdade de condições aos participantes (CF, art. 37, XXI)<sup>2</sup>, constitui-se em **exceção**. Considera-se, nesse sentido, que a “terceirização dos serviços advocatícios representa um grande risco para a atuação eficiente da Administração Pública”<sup>3</sup>.

Ainda assim, em situações excepcionais, é possível a contratação de serviços de advocacia ou de assessoria jurídica (STF. Reclamação 3.766/SP. Rel. Joaquim Barbosa. DJ 02.09.2005). A excepcionalidade ocorre em situações específicas, em que, eventualmente, surja demanda excessiva e incompatível com o órgão público<sup>4</sup> ou quando existir conflito entre os interesses institucionais e dos servidores/empregados que vierem a defendê-lo (TCU. Acórdão 141/2013-Plenário, TC 008.671/2011-7. Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues. *DOU* 06.02.2013).

Joel de Menezes Niebuhr aponta que:

Cumpra observar, ainda, a possibilidade de contratar advogados estranhos ao quadro da entidade, mesmo para situações ordinárias, desde que se configure a insuficiência para atender a demanda existente. Ou seja, nas hipóteses de sobrecarga, que compromete a qualidade do serviço prestado, é forçoso reconhecer justificativa para a contratação de novos advogados. Melhor seria que se criassem novas vagas e se procedesse a concurso público. Entretanto, isso depende de lei, e o fato é que os reclames públicos não se dispõem a esperá-la. Nessas hipóteses, não tem cabimento sequer cogitar de inexigibilidade de licitação pública, porquanto o objeto do serviço não é singular. Tais contratos devem ser precedidos de licitação pública ou realizados por tempo determinado, para atender situações de excepcional interesse público, com fulcro no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal e legislação ordinária que toca à espécie. Ademais, também há a possibilidade de que os advogados da Administração sejam interessados e, pois, envolvidos, em demanda judicial contra ela, como, por exemplo, ocorre em disputas trabalhistas. Nesses casos, a contratação de terceiros é perfeitamente lícita, devendo em tudo ser regida pela Lei nº 8.666/93 e, em regra, precedida de licitação. Noutra delta, no tocante às entidades administrativas que não dispõem de corpo jurídico próprio, dado que os respectivos cargos não foram criados por lei, não se deve objetar a contratação de terceiros para a prestação de

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Este entendimento já encontrou divergência: i) STF. RHC 72.830/RO. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 16.02.1996. Extraí-se do voto do Relator: “Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem missão a defesa da res publica”; ii) STF. REextr. 466.705/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 14.03.2006: “a licitação para contratação de serviços advocatícios é inexigível porque envolve uma avaliação subjetiva, decorrente do grau de confiança que a Administração deposita no contratado”; iii) TJSP, Apelação Cível nº 54.1966-5/Santos. 8ª Câmara de Direito Público. Relª Desª Teresa Marques. J 22.09.1999.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012. p. 426.

<sup>4</sup> Nessa hipótese poderá a necessidade excepcional ser suprida também pela contratação temporária.

## REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

serviços jurídicos. Como não há quem represente os interesses dessas entidades, é imperativo que elas contratem terceiros, estranhos aos seus quadros, sob pena de prejuízos ao interesse público<sup>5</sup>.

A exceção e, portanto, a **exceção da exceção**, é que ocorra a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento na singularidade do serviço e na notória especialização do contratado (Lei 8.666/1993).

Ocorre que a Administração Pública, ilicitamente, tem utilizado com certa frequência da contratação direta de serviços advocatícios, em situações não permitidas pela legislação, seja pela desnecessidade da contratação, seja pela não caracterização da singularidade do serviço, seja, ainda, pela ausência de notória especialização do profissional.

Acresce-se a estas dificuldades, a enorme resistência da classe dos advogados em se submeter a processo licitatório, sob a alegação da incompatibilidade do certame com as limitações éticas e legais da profissão.

O presente trabalho pretende estabelecer critérios mais objetivos de verificação da licitude da contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, com o propósito de contribuir para a maior segurança jurídica em tais contratações, preservando-se o interesse público envolvido.

### 2 – FUNDAMENTAÇÃO: INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO EM RAZÃO DA SINGULARIDADE DO SERVIÇO

A inexigibilidade ocorre quando não se encontram presentes os pressupostos necessários à realização da licitação. A insistência em relação a ela poderia até contrariar o interesse público. É pertinente ao presente ensaio a hipótese do inc. II do art. 25 da Lei 8.666/1993<sup>6</sup>, que versa sobre a contratação de profissionais de notória especialização para a execução serviços técnicos diferenciados, previstos no art. 13: a elaboração de pareceres, inclusive jurídicos (inc. II); e, (ii) o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inc. V)<sup>7</sup>.

Nota-se que, para configurar a situação de inexigibilidade, não basta a mera caracterização de um serviço constante da relação do art. 13, mas é indispensável a demonstração da natureza singular do objeto contratado. O simples fato de o serviço jurídico ter natureza intelectual não o torna necessariamente singular, de forma a inviabilizar competição pública.

Passa-se à análise dos requisitos que autorizariam a contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação: “a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado” (STF. Inquérito 3.074/SC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 26.08.2014).

**2.1. Procedimento administrativo formal.** O art. 26 da Lei 8.666/1993 impõe que, mesmo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, seja realizado o competente processo administrativo, onde se demonstrem as circunstâncias e as razões da contratação direta, a escolha do profissional e a adequação do preço. Segundo Marçal Justen Filho:

A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um processo administrativo prévio em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível<sup>8</sup>.

O procedimento administrativo reafirma a necessidade de se produzir uma decisão motivada, transparente e, assim, possibilitar o controle. Ressalta-se que a motivação deve ser anterior ou concomitante ao ato conclusivo pela contratação direta, permitindo o melhor exercício do controle.

<sup>5</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003, p. 198-200.

<sup>6</sup> “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”.

<sup>7</sup> “Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...] II - pareceres, perícias e avaliações em geral; [...] V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;”.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 329.

Ainda quanto ao procedimento administrativo, destaca-se a relevância do parecer jurídico nele previsto, pois as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração Pública (Lei 8.666/1993, art. 38). Esses pareceres jurídicos integram a motivação dos atos administrativos e, portanto, devem apresentar abrangência suficiente para tanto, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos à análise<sup>9</sup>.

Sobre o tema, posicionou-se o TCU no sentido de que o parecer jurídico emitido para fins de controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios “*não possui um caráter meramente opinativo ...*”. Mencionou ainda trecho do Acórdão 462/2003 – Plenário que respalda esse entendimento: “*O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada*”. Assim, concluiu que “*o gestor público, quando discordar dos termos do parecer jurídico cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância*” (TCU. Acórdão 521/2013-Plenário. TC 009.570/2012-8. Rel. Min.-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. J. 13.3.2013).

**2.2. Delimitação do objeto do contrato.** É preciso que o serviço a ser desempenhado pelo contratado seja determinado, preciso e delimitado.

É o que sustenta Marçal Justen Filho:

A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem de qualquer dúvida nem admite contemplação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, ‘sucinto’, não é sinônimo de ‘obscuro’. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade, nos termos adiante apontados<sup>10</sup>.

Somente a adequada delimitação do objeto propiciará o controle, em suas mais variadas formas.

**2.3. Impossibilidade de realização dos serviços pelo quadro próprio.** Os serviços advocatícios destinados à Administração Pública, a princípio, devem ser prestados pelas Procuradorias Jurídicas. Nesse sentido Leonardo Silva Lima Fernandes:

Pela leitura do texto da Constituição, observa-se que o constituinte quis atribuir a um órgão específico (no caso da União, à AGU e, no caso dos Estados, às Procuradorias Estaduais) a exclusividade na representação judicial e consultoria jurídica dos entes federativos ali relacionados, quais sejam, União e Estados-membros. Interpretando esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que: “[...] Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante, cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos – o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal [...]” (AdinMC 881-1/ES, Acórdão, Rel. Celso de Melo, DJ 25.04.1997). Sendo assim, qualquer contratação de advogados privados para patrocinar causas repetitivas e comuns de interesse da União ou dos Estados-membros, mesmo que se respeitando o procedimento licitatório, poderia ser taxada de inconstitucional na ordem vigente<sup>11</sup>.

Portanto, em regra, os serviços jurídicos de órgãos públicos devem ser desenvolvidos por suas próprias Procuradorias, compostas por servidores públicos (TJPR. Apelação Cível 820.244-4. Rel. Juiz Rogério Ribas. J. 17.09.2013). A excepcionalidade da situação que venha a ensejar a terceirização deve ser justificada e delimitada e ocorre, com foi visto, com o surgimento de demanda excepcional ou de serviço de natureza singular.

**2.4. Singularidade do serviço.** É vedada a terceirização de serviços advocatícios para a prestação de atividades rotineiras. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que:

<sup>9</sup> A “utilização de pareceres jurídicos sintéticos, de apenas uma página, com conteúdo genérico, sem demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos, em especial quanto à legalidade das cláusulas editalícias, permitiu, no caso concreto, a presença de itens posteriormente impugnados” (TCU. Acórdão 1.944/2014-Plenário. TC 004.757/2014-9. Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. J. 23.07.2014).

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 538.

<sup>11</sup> FERNANDES, Leonardo Silva Lima. O Estado e a Contratação de Serviços Advocatícios. In: Revista IOB de Direito Administrativo nº 23, novembro de 2007, p. 29.

REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

É evidente que, dispondo o Município de corpo de Procuradores com competência específica para a cobrança de dívida ativa, a contratação de terceiros tem que ser devidamente justificada e analisada em cada caso. Os serviços rotineiros, como a cobrança de dívida ativa, não podem ser objeto de contrato de locação de serviços, já que correspondem à função permanente do Município, que dispõe de um quadro também permanente de advogados para desempenhá-la. Excepcionalmente, a Administração Pública pode defrontar-se com ação de especial complexidade, envolvendo tese jurídica inovadora, ou de considerável relevância para os cofres públicos; nesses casos, em se tratando de serviços de natureza singular, pode preferir contratar advogado de sua confiança e notoriamente especializado, valendo da inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666. Não se tratando de serviço singular, mas de atividade rotineira, como é o caso, em regra, da cobrança de dívida ativa, não há fundamento legal para a contratação de terceiros, quando a Administração dispõe de órgão institucionalizado com a finalidade específica de exercer essa atividade<sup>12</sup>.

O objeto singular importa em uma atividade anômala, relevante, peculiar e também complexa, que requer conhecimento e experiência específica e reputada acima da média. “A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende” (STF. Inquérito 3.074/SC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 26.08.2014).

Reporta-se, neste tópico, ao teor da Súmula 39 do TCU: “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”.

Ressalva-se que a singularidade do serviço não é caracterizada pela existência de um único profissional, mas pela presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características.

Assim, exemplificativamente, já se decidiu ser vedada a terceirização de serviços advocatícios para: i) o recebimento dos valores da compensação previdenciária, por se tratar de serviços rotineiros, contínuos e comuns relativos à gerência de dados dos benefícios concedidos pelo respectivo regime de previdência que, por essas razões, devem ser executados pelos próprios servidores do instituto de previdência (TCE-MG. Consulta n. 784.367. 05/08/2009); ii) propositura de ação de cobrança (TJPR. AC 775.161-3. Rel. Paulo Roberto Hapner. J. 13.09.2011)<sup>13</sup>; iii) assessoria jurídica nos processos administrativos fiscais e do serviço de execução dos débitos fiscais, ambos relativos ao ISS incidente sobre operações de arrendamento mercantil (TCE-PR. Processo nº 78.966/11. Rel. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha. J. 29.08.2013).

Caracteriza improbidade administrativa a contratação direta, sem que reste demonstrada a natureza singular do serviço (TJPR. AC 0572592-2. Rel. Juiz Subst. Fábio André Santos Muniz. J. 19.01.2010).

**2.5. Notória especialização.** Para a contratação dos serviços, deve-se atender ao requisito da notória especialização do prestador (Lei 8.666/93, art. 25, § 1<sup>o</sup><sup>14</sup>), compreendida como a capacidade diferenciada para prestar o serviço de natureza singular. Assim, o processo administrativo deve ser instruído com documentos e dados objetivos da qualificação profissional do contratado, a exemplo da formação acadêmica, da publicação de obras doutrinárias e da experiência em questões análogas.

Esta verificação deve ser realizada especialmente pela própria assessoria jurídica do gestor, no exercício da atribuição prevista no art. 38 da Lei 8.666/1993, pois possui o conhecimento necessário na área para aferir, quem, efetivamente, possui os requisitos que o credenciam a prestar o serviço.

Observa-se que a exigência diz respeito à notoriedade da especialização, o que se aproxima mais do consenso acerca do profissional no meio em que exerce suas atividades, do que da impressão pessoal que o gestor público venha a ter em relação ao profissional.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 309.

<sup>13</sup> O STF considerou singular a consultoria jurídica e o patrocínio judicial para a retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto (STF. Inquérito 3.074/SC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 26.08.2014).

<sup>14</sup> “Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

2.6. **Preço compatível.** Faz-se necessário e oportuno que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

### 3 – CONCLUSÃO

É necessária a prévia licitação para a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública. As situações de inexigibilidade, autorizadas pela inviabilidade de competição, decorrem dos seguintes elementos que devem estar simultaneamente presentes no caso concreto: i) procedimento administrativo formal, onde constem as razões da contratação direta; ii) a delimitação do objeto do contrato; iii) a impossibilidade de realização dos serviços pelo quadro próprio da Administração; iv) a singularidade do serviço; v) a notória especialização do profissional; e, vi) o preço compatível.

### 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Leonardo Silva Lima. O Estado e a Contratação de Serviços Advocatícios. In: Revista IOB de Direito Administrativo nº 23, novembro de 2007, p. 29.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2012.

PAIVA, Clarissa Teixeira. Contratação de serviços advocatícios sem licitação: para além da natureza singular e da notória especialização. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, p. 187-204, jan./mar. 2015.

### 5 – REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

STF. Inquérito 3.074/SC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 26.08.2014.

STF. Reclamação 3.766/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 02.09.2005.

STF. REextr. 466.705/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 14.03.2006.

STF. RHC 72.830/RO. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 16.02.1996.

TCE-PR. Processo nº 78.966/11. Rel. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha. J. 29.08.2013.

TCU. Acórdão 141/2013-Plenário, TC 008.671/2011-7. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. DOU 06.02.2013.

TCU. Acórdão 521/2013-Plenário. TC 009.570/2012-8. Rel. Min.-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. J. 13.3.2013.

TCU. Acórdão 1.944/2014-Plenário. TC 004.757/2014-9. Rel. Min.-Substituto André Luís de Carvalho. J. 23.07.2014.

TJPR. AC 572.592-2. Rel. Fábio André Santos Muniz. J. 19.01.2010.

TJPR. AC 775.161-3. Rel. Paulo Roberto Hapner. J. 13.09.2011.

TJPR. AC 820.244-4. Rel. Juiz Rogério Ribas. J. 17.09.2013.

TJSP. Apelação Cível nº 54.1966-5/Santos. 8ª Câmara de Direito Público. Relª Desª Teresa Marques. J. 22.09.1999.

**ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA: HIPÓTESE DE  
INTERPRETAÇÃO CONFORME  
A CONSTITUIÇÃO**

*CLAUDIO SMIRNE DINIZ  
MAURO SERGIO ROCHA*

O uso da arbitragem pela Administração Pública deve receber interpretação conforme a constituição, no sentido de permitir a aplicação deste mecanismo de solução extrajudicial de conflitos exclusivamente às Relações Jurídicas pautadas pela horizontalidade com o particular.



Arbitragem e Administração Pública: hipótese de interpretação conforme a Constituição

Cláudio Smirne Diniz<sup>1</sup>  
Mauro Sérgio Rocha<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Arbitragem: conceito e características. 3. Princípios implícitos: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. 3.1. A supremacia do interesse público e o devido processo legal. 3.2. A indisponibilidade do interesse público e a atividade administrativa. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Exposição

A arbitragem autoriza que os conflitos envolvendo pessoas maiores e capazes – e desde que relativos a direitos disponíveis – sejam dirimidos sem a intervenção do judiciário. Trata-se de meio alternativo de solução de conflito em que a controvérsia é deferida a pessoa não investida na atividade jurisdicional, bastando, apenas, que o árbitro seja pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. O instituto é regulamentado pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, instrumento que, ao exigir a disponibilidade dos direitos conflituosos (art. 1º), não sem algum dissenso<sup>3</sup>, não se aplica às questões envolvendo o poder público. Recentemente, porém, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, reintroduziu esta discussão ao expressamente autorizar que a administração – direta e indireta – utilize-se da arbitragem “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º). Daí as seguintes inquietações: qual a extensão da franquia inaugurada pela nova lei, pois, se de um lado ela estabeleceu o uso da arbitragem pela administração pública, de outro, como não poderia ser diferente, condicionou-a uma vez mais à disponibilidade dos direitos em conflito. Há, no particular, alguma novidade substancial ou, contrariamente, os diques então existentes para o uso da arbitragem pela administração pública ainda permanecem os mesmos? Eis o propósito do ensaio, tema que não dispensa o enfrentamento da matéria à luz do regime jurídico administrativo estabelecido pela Constituição Federal<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Processual Civil da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR; e do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná (CEJUR).

<sup>3</sup> Por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 819-827.

<sup>4</sup> Essa discussão também se opera em relação aos comandos normativos que seguem, pois, a rigor, a fundamentação aqui alinhavada a eles se aplica: i) inc. XV do art. 93 da Lei 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); ii) inc. X do art. 43 da Lei 9.478, de 06.08.1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP); iii) inc. XVI do art. 35 da Lei 10.233, de 05.06.2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; iv) inc. III do art. 11 da Lei 11.079, de 30.12.2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública; v) art. 23-A da Lei 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei 11.196, de 21.11.2005.

## 2. Arbitragem: conceito e principais características

Os interessados na arbitragem, de comum acordo, baseados na autonomia da vontade, visam solucionar conflito atual ou futuro por meio de um terceiro não investido na atividade jurisdicional. Vinculam-se pela convenção de arbitragem (Lei 9.307/96, art. 4º), acordo de vontades pelo qual renunciam à inafastabilidade do Judiciário. Aliás, quando não observada a convenção, o juiz, mediante provocação, extinguirá o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, inc. VII). Ou seja, a convenção de arbitragem se coloca como um dos pressupostos processuais negativos, ainda que desautorize o conhecimento oficial. O árbitro, pessoa capaz e de confiança dos interessados (Lei 9.307/96, art. 13), atendendo a procedimento que não descuide do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento (Lei 9.307/96, art. 21, § 2º), profere sentença (Lei 9.307/96, art. 26) não sujeita a recurso e que independe de homologação judicial (Lei 9.307/96, art. 18). A sentença é considerada título executivo judicial (CPC, art. 475-N, inc. IV)<sup>5</sup>, podendo ser desconstituída por intermédio de ação própria (Lei 9.307/96, art. 33) ou por meio de defesa apresentada quando do seu cumprimento (Lei 9.307/96, art. 33, § 4º).

## 3. Fundamentação. Princípios implícitos: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público

Os princípios implícitos são reconhecidos pela ordem jurídica brasileira. Tratam-se dos princípios gerais de direito, fundamentos de uma ordem jurídica historicamente contextualizada<sup>6</sup>. São eles revelados a partir de uma regra singular, de um conjunto mais ou menos amplo de regras, do ordenamento no seu conjunto<sup>7</sup> ou até mesmo de outro princípio, importando, apenas, que sejam reconduzíveis ao mesmo programa normativo-constitucional<sup>8</sup>. Então, se assim é, pode-se afirmar que a supremacia do interesse público e a indisponibilidade desse interesse, elementos que concretizam o regime jurídico administrativo, são extraídas da própria noção de Estado<sup>9</sup>. Em sentido próximo, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros”<sup>10</sup>. Ou seja, a supremacia e a subsequente indisponibilidade do interesse público são necessárias à consecução dos fins estatais<sup>11</sup>, leitura, inclusive, que mesmo à luz do princípio da isonomia legítima a criação de prerrogativas e (ou) privilégios em favor do poder público<sup>12</sup>, evidenciadas, dentre outras formas, pelo *ius imperii*, pela utilização de cláusulas exorbitantes, pela previsão de imposição unilateral de sanções e pelo tratamento processual diferenciado.

### 3.1. A supremacia do interesse público e o devido processo legal

Assegurada a predominância e a indisponibilidade do interesse público em estatura constitucional, ainda que implicitamente, então é preciso assegurar a existência de instrumento que atenda à peculiar

<sup>5</sup> NCPC, art. 515, inc. VII.

<sup>6</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141-161.

<sup>7</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 193.

<sup>8</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 911.

<sup>9</sup> Em relação aos fins do Estado, consultar: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 96.

<sup>11</sup> DI PIETRO, MARIA Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

<sup>12</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

condição do poder público em juízo. Um processo organizado e sistematizado em atenção à diferença. Um direito processual de interesse público<sup>13</sup>, com prerrogativas e (ou) privilégios que assegurem a verticalidade dessa relação jurídica processual, isto é, voltada à solução de direitos materiais públicos. Vejamos, por exemplo: (i) não incidência dos efeitos da revelia (CPC, art. 320, inc. II; NCPC, art. 345, inc. II); (ii) reexame necessário (CPC, art. 475. NCPC, art. 496); (iii) execução para pagamento de soma em dinheiro (CPC, arts. 730 e ss; NCPC, arts. 910 e ss.); (iv) pedido de suspensão (Lei nº 8.437/92, art. 4º; e Lei nº 9.494/97, art. 2º); etc. Pois bem, o comando incentivado pela Lei nº 13.129/2015 fragiliza esse sistema e, desse modo, torna insuficiente a proteção do direito fundamental ao justo processo<sup>14</sup>, perspectiva, agora, que abre espaço para o controle de constitucionalidade desse *déficit*. Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Quando a parte afirma a existência de proteção insuficiente ou excessiva da legislação diante da Constituição, sustenta a existência de ofensa direta à normatividade do direito ao processo justo, desencadeando a possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, o que autoriza a interposição e o conhecimento de recurso extraordinário”<sup>15</sup>. Vale dizer, a instituição da arbitragem em questões relativas a direito material público esvazia o plexo processual que atribui densidade aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e, se assim é, vulnera o direito fundamental ao justo processo.

### 3.2. A indisponibilidade do interesse público e a atividade administrativa

O exercício da atividade administrativa volta-se à consecução do interesse público, caracterizado pela indisponibilidade. Pondera Celso Antônio Bandeira de Mello que: “a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei”<sup>16</sup>. Diante da natureza indisponível de tais direitos, apenas o Estado-Juiz poderá reconhecê-los em favor da administração pública ou, a partir deles, impor a ela obrigações<sup>17</sup>. Destaca-se que as hipóteses em que os direitos afetos à administração pública são marcados pela disponibilidade mostram-se naturalmente excepcionais, como ocorre nos contratos de direito privado celebrados pela administração<sup>18</sup>. Desta forma, porque apenas gerencia interesse público titularizado pelo Estado, resta significativamente restringida a possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública<sup>19</sup>, pois esta se presta à solução dos litígios que envolvam direitos estritamente disponíveis.

## 4. Conclusão

As recentes alterações legislativas que culminaram com a edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, autorizam a utilização da arbitragem pela administração pública, nas situações que envolvam direitos disponíveis. Entretanto, os dispositivos legais que disciplinam o instituto devem receber interpretação conforme a Constituição, no sentido de permitir a aplicação deste mecanismo de solução extrajudicial de conflitos exclusivamente às relações jurídicas pautadas pela horizontalidade com o particular.

<sup>13</sup> Em razão da verticalidade da relação entre poder público e indivíduo, ou seja, em razão da existência de lide qualitativamente diversa da tradicional, coloca-se uma nova perspectiva de direito processual. Sobre o tema: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31-34.

<sup>14</sup> Sobre a titularização de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 312; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p 180-183.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 619.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 74. Ainda: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>17</sup> Cf. TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, p. 87.

<sup>18</sup> Exemplos: compra e venda ou locação de imóveis para instalações da administração pública.

<sup>19</sup> Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

5. Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DI PIETRO, MARIA Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.
- TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3.

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
POR MEIO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS:  
OPORTUNIDADES DE ATUAÇÃO  
PROPICIADAS PELOS AVANÇOS  
TECNOLÓGICOS E PELA AMPLIAÇÃO  
DO ACESSO À INFORMAÇÃO**

*HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ*

Diante da concepção vinculante e impositiva do orçamento, é dever do Ministério Público exercer o controle sobre as Políticas Públicas, a partir da análise prévia e do acompanhamento das leis orçamentárias, mediante expedição de recomendações administrativas e propositura de demandas judiciais.

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS:  
OPORTUNIDADES DE ATUAÇÃO PROPICIADAS PELOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E PELA  
AMPLIAÇÃO DO ACESSO À INFORMAÇÃO**

Hirminia Dorigan de Matos Diniz<sup>1</sup>

**1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA**

Frente a natural escassez de recursos públicos para o atendimento pleno das demandas sociais, apresenta-se o planejamento estatal como instrumento hábil a conferir racionalidade às inevitáveis escolhas a serem realizadas pelo gestor público<sup>2</sup>.

As consequências da falta de racionalidade nas decisões administrativas são extremamente gravosas e podem ser observadas na insuficiência das políticas públicas destinadas à universalização dos serviços essenciais e, como decorrência última, no baixo desenvolvimento social.

Vê-se, portanto, o caráter imprescindível da atividade de planejamento estatal e a importância de o Ministério Público atuar neste segmento<sup>3</sup>, interferindo, por todos os meios que lhe são lícitos, em favor da regularidade do ciclo orçamentário. Tal atuação engloba a judicialização de certas controvérsias, pois “judicializar o orçamento é preciso para mudar o curso da contumácia irresponsável e educar o gestor, tornando sua ação (execução orçamentária) mais motivada, razoável e coerente com o seu próprio planejamento, tal como definido em lei”<sup>4</sup>.

Nesta exata medida, o acompanhamento dos orçamentos públicos é proposto, no presente trabalho, como um novo mecanismo de controle sobre as políticas públicas, talvez mais eficiente, em virtude de seu viés eminentemente preventivo e de amplitude maior. Além disso, a atuação ministerial diretamente nos orçamentos tende a encurtar discussões que necessariamente são travadas quando se exerce o controle na fase de implementação das políticas públicas, sobretudo em razão da influência da “teoria da reserva do possível”, inibidora, sem qualquer dúvida, da efetividade de direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> 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. Doutoranda em Educação.

<sup>2</sup> Consta de voto do Min. Gilmar Mendes: “Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficiência do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (STF. STA 175-AgR/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010).

<sup>3</sup> Durante o trâmite do processo legislativo orçamentário, a Promotoria de Proteção à Educação de Curitiba tem alertado formalmente os vereadores acerca da necessidade de serem discutidas as metas pertinentes ao incremento do número de vagas nas unidades públicas de educação infantil, bem como de construção, ampliação e reforma de centros de *educação infantil*, e destinação de verbas suficiente para a garantia de seu efetivo funcionamento.

<sup>4</sup> PINTO, Élide Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 97, mar./ago. 2014.

Destaca-se que o tema encontra contexto absolutamente favorável aos encaminhamentos que se propõe, especialmente em razão da ampliação do acesso às informações, propiciada pela evolução tecnológica e pelos marcos regulatórios recentemente trazidos ao ordenamento jurídico nacional<sup>5</sup>.

## 2 – PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

O planejamento é uma técnica de tomada de decisões, por meio da qual se confere maior objetividade dos critérios que levam à priorização de determinadas políticas públicas, em detrimento de outras.

Para Renata Porto Adri:

[...] o planejamento do desenvolvimento econômico e social do país consiste em um conjunto de atos políticos e jurídicos que objetiva alcançar as finalidades e anseios da sociedade, conforme os princípios e escopos definidos no ordenamento jurídico.

Entendemos, assim, que o planejamento estatal sintetiza a reunião de esforços políticos, econômico-financeiros e jurídicos e objetiva coordenar os recursos orçamentários disponíveis, aplicando-os a metas específicas, em tempo e modo previamente prescritos, com o mínimo de custo. Essa congregação necessita da harmonização da política, do direito e da economia [...]<sup>6</sup>.

O planejamento, portanto, consiste na atividade estatal que, a partir de um plano, operacionaliza um processo de intervenção, idealizado sob o ângulo macroeconômico, executado por meio de atos políticos e jurídicos, com o fim de direcionar a atividade administrativa ao melhor funcionamento da ordem social<sup>7</sup>. O planejamento permite que as decisões estatais sejam tomadas a partir de um horizonte maior, em uma perspectiva de longo prazo e, portanto, conferem-lhe maior consistência.

A atividade planejadora estrutura-se a partir dos princípios da racionalidade, da previsibilidade e da continuidade (Lei 4.320/64, art. 2º, *caput*). Seu ciclo parte de prévio diagnóstico socioeconômico, prevê a programação referente à sua execução, tendo por pressuposto os recursos disponíveis<sup>8</sup>, contempla a discussão e a decisão das propostas, identifica os instrumentos a serem utilizados para se atingir as metas previamente definidas, aponta os meios de execução e, por fim, a forma pela qual serão avaliados os resultados. A razão não é outra, senão eleger as políticas públicas que melhor utilizem os recursos públicos.

Entende-se por políticas públicas os programas de ação governamental, estabelecidos com a finalidade de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>9</sup>. Para Ana Paula de Barcelos:

---

<sup>5</sup> Dentre eles, destaca-se a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

<sup>6</sup> ADRI, Renata Porto. O planejamento da atividade econômica do Estado como dever do Estado. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 97.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 64.

<sup>8</sup> A previsão de receita deverá ser pautada por critérios idôneos, pois, não raras vezes, as receitas são subestimadas, conferindo, ao final da execução orçamentária, maior liberdade de alocação de recursos pelo administrador público. Em síntese, fragiliza o planejamento.

<sup>9</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais<sup>10</sup>.

Exemplifica-se por meio de dois segmentos fundamentais:

1. A Constituição Federal dispõe ser a saúde um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” (CF, art. 196), integradas por ações e serviços de saúde (CF, art. 197), organizadas em sistema único de saúde (CF, art. 198).

2. A Constituição Federal dispõe ser a educação “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (CF, art. 205). “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino” (CF, art. 212).

O êxito das políticas públicas, ressalta-se, está condicionado à existência<sup>11</sup>, à correta destinação e ao bom gerenciamento dos recursos públicos. É do que se passa a tratar.

### 3 – A RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS

A eficiência da atividade de planejamento, para além da definição dos objetivos a serem buscados e dos instrumentos a serem utilizados, depende da gestão responsável dos recursos financeiros<sup>12</sup>, mesmo porque é vedado “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (CF, art. 167, I). Embora a atividade de planejamento não se esgote no bom gerenciamento dos recursos públicos, seus regramentos são os instrumentos mais importantes para se atingir os objetivos esperados, pois “a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado” (STF. REExt. 482.611/SC. Rel. Min. Celso de Mello. J. 24.03.2010).

Nesse sentido, para o exercício da função de planejamento, as leis orçamentárias assumem especial importância. São elas previstas constitucionalmente, em capítulo específico, a saber: i) o plano plurianual (CF, art. 165, I); ii) a lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 165, II); e iii) o orçamento anual (CF, art. 165, III)<sup>13</sup>. Por

---

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 816.

<sup>11</sup> O princípio da reserva do possível estabelece restrição à exigibilidade de certas políticas públicas, em virtude de limitações de ordem orçamentária. Prevalece, portanto, nesta ótica, o custo dos direitos, em detrimento de sua realização.

<sup>12</sup> Nesse sentido, a Constituição de Portugal dispõe: “Artigo 103.º 1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.

<sup>13</sup> O orçamento público é regido pelos seguintes princípios: i) princípio da exclusividade, segundo o qual a lei do orçamento somente pode veicular matéria de natureza financeira (receita e despesa) – art. 165, § 8º, CR; ii)



meio dessas leis, procura-se conferir ordem aos gastos públicos, pois até então, como salienta Antônio Celso Nogueira Leiria, as leis que versavam sobre finanças públicas tinham caráter meramente formal e não se destinavam aos seus verdadeiros fins de planejamento das receitas e das despesas:

O plano plurianual foi realizado até hoje muito mais para cumprir uma exigência legal do que para atender a sua elevada importância dentro do planejamento estatal que é o de dar as metas a serem seguidas, os objetivos e as finalidades a serem alcançadas pela Administração. Da mesma forma que a lei orçamentária, o plano plurianual era muito mais uma mera obediência ao comando legal do que um planejamento sério e consciente das atividades que o governo pretende realizar. Não é de balde que estas leis tinham seu âmbito restrito ao papel, sendo a prática administrativa completamente diferente. A lei orçamentária era esquecida pelo administrador, que fazia as coisas sem o planejamento consistente que é o da lei orçamentária e do plano plurianual. O resultado disso são obras inacabadas, corrupção, desvio de verbas, déficit público, endividamento constante e crescente etc.<sup>14</sup>

Há traços paralelos entre as leis orçamentárias e o princípio do planejamento, o que se depreende, dentre outros fatores, do próprio ordenamento jurídico que disciplina a elaboração, pelos entes federativos, do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento (CF, art. 165). Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe novos instrumentos de planejamento: i) o anexo de metas fiscais (art. 4º, § 1º); ii) o anexo de riscos fiscais (art. 4º, § 3º); e iii) o relatório resumido de execução orçamentária e relatório de gestão fiscal (art. 48, caput).

Nota-se que o planejamento não é um mecanismo inédito no ordenamento jurídico brasileiro, pois desde o Decreto-Lei 201/67 já havia a sugestão de que os entes federativos realizassem planejamento. A grande novidade foi tornar o planejamento obrigatório e prever instrumentos para cobrá-lo, de forma tal que o planejamento, atividade essencialmente política, passa também a ter que atender a determinados requisitos técnicos<sup>15</sup>.

O orçamento público<sup>16</sup>, documento basilar das finanças públicas, é expresso por meio de leis que equacionam os gastos do Estado, correlacionados com a receita necessária à sua cobertura. Constitui-se na previsão de receitas e despesas para determinado período, tendo como fator norteador as diretrizes e os objetivos dos planos. Por meio do orçamento, é possível identificar, e daí sua importância para o planejamento, o rol de projetos e atividades que o governo pretende realizar, detectando as necessidades e projetando as metas e os resultados esperados.

O plano plurianual (PPA) contém os objetivos e as metas da administração para as despesas de capital nos quatro anos subsequentes. Tal plano reúne as diretrizes, metas e objetivos que a Administração Pública deve perseguir. É de se destacar que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento serão elaborados em conformidade com o plano plurianual (CF, 165, § 4º). Nenhum investimento cuja execução

---

princípio da unidade, ou seja, um único documento deve reunir todas as despesas; iii) princípio da anualidade, isto é, as receitas e as despesas são estimadas por um período de um ano; iv) princípio da universalidade, pelo qual o conjunto de todas as receitas e despesas deve figurar no orçamento público; e v) princípio da legalidade, ou seja, depende do prévio consentimento do Poder Legislativo.

<sup>14</sup> LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. Lei de Responsabilidade Fiscal. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 50.

<sup>15</sup> TAVARES, André Ramos. Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o poder público. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 284, 2001.

<sup>16</sup> Refere-se aqui ao gênero orçamento público, do qual são espécies o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão (CF, art. 167, § 1º).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) representa novidade trazida pela Constituição de 1988. Ela funciona como orçamento de transição para compatibilizar o plano plurianual com a Lei Orçamentária Anual. Veicula, a LDO, as metas e as prioridades da administração, orientação na elaboração da lei orçamentária anual, alterações na legislação tributária e política de aplicação das agências oficiais de fomento, além do disposto no art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal, em que se destacam o anexo de metas fiscais e o de riscos fiscais.

Impõe-se ao administrador que apresente as metas e, em momento posterior, divulgue a “avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior” (LRF, art. 4º, § 2º, I), demonstrando a intenção do legislador em dar eficácia às leis orçamentárias, não havendo mais espaço para leis cumpridoras de meras formalidades.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) deverá estar em harmonia com as leis antes mencionadas. Considerando a existência do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes, resta ao orçamento anual a condição de norma descritiva, compreendendo a previsão de todas as receitas a serem arrecadadas no exercício, assim como as despesas a serem executadas no mesmo período (CF, art. 165, § 5º a § 7º). Compreenderá o orçamento fiscal, de investimentos e da seguridade social (CF, art. 165, § 5º).

Nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Orçamentária Anual deverá conter também anexo demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e as metas constantes da Lei de Diretrizes (LRF, art. 5º). Desse modo, o orçamento deixa de ser apenas o rol das despesas e receitas e transforma-se em instrumento de plano de desenvolvimento.

A não observância do dever de planejamento fiscal importará ao administrador público, a depender do caso concreto, as sanções previstas para o ato de improbidade administrativa (LRF, art. 73), por “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento” (LIA, art. 10, IX), “liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular” (LIA, art. 10, XI) ou mesmo afrontar o princípio da legalidade, conforme previsão do art. 11 da Lei 8.429/92.

Importa realçar que a atual concepção acerca das leis orçamentárias confere-lhes caráter impositivo. Vale dizer, as leis orçamentárias determinam destinações de recursos e não simplesmente as autorizam<sup>17</sup> (STF. STA 175-AgR/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010), pois, antes de mais nada, concretizam decisões fundamentais tomadas anteriormente.

#### **4 – DO CONTROLE JUDICIAL DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS**

Abordado o caráter material das leis orçamentárias, é preciso que se verifique a abrangência possível do controle judicial quanto à forma e ao conteúdo dos orçamentos públicos dos diversos entes federativos.

---

<sup>17</sup> A superada concepção autorizativa do orçamento implica na concessão de certa margem de liberdade ao administrador público para, inclusive, não empregar a totalidade das verbas previstas para determinada política pública.

O primeiro patamar do controle judicial dos orçamentos públicos encontra-se no plano da constitucionalidade. Fábio Konder Comparato é referência nesta abordagem:

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. [...]

Mas quais os efeitos jurídicos que decorreriam de uma decisão judicial de inconstitucionalidade de política pública?

É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão-só ex nunc, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois, de outra sorte, poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.

Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (ex nunc, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política<sup>18</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal apresentara resistência em efetivar o controle concentrado da constitucionalidade em relação às leis orçamentárias<sup>19</sup>, esse entendimento vem sendo revisto pela própria Corte:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo (STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003)<sup>20</sup>.

Avançando em relação ao controle, considera-se que viola a Constituição a lei orçamentária que aloca recursos insuficientes à materialização das políticas públicas essenciais, previstas constitucionalmente ou em legislação infraconstitucional que encontra seu fundamento de validade na própria Constituição.

---

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista Interesse Público nº 16/2002, p. 61.

<sup>19</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001). No mesmo sentido: STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.

<sup>20</sup> No mesmo sentido: i) STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008; ii) STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008).

É, portanto, atribuição do Ministério Público analisar a constitucionalidade, por ação ou por omissão, das políticas públicas a partir do acompanhamento das leis orçamentárias. Segundo Élide Graziane Pinto:

Questionar a validade e a inconstitucionalidade do planejamento omissivo/insuficiente e das janelas orçamentárias na consecução dos direitos fundamentais revela-se, desse modo, uma importante área de estreitamento do controle judicial das políticas públicas, diante da contestação fática dos aventados limites da “reserva do possível” e da discricionariedade administrativa (cujo respaldo alegadamente residiria na percepção estanque da separação de poderes)<sup>21</sup>.

Élide Graziane Pinto enumera, exemplificativamente, atos de execução orçamentária em desconformidade com o ordenamento jurídico e, portanto, suscetíveis de controle judicial: i) abertura excessiva de créditos adicionais suplementares, mediante permissivo genérico da lei orçamentária original, cujo montante se revela desproporcional e desarrazoado quando contrastado com a inflação verificada no exercício; ii) contingenciamento preventivo para assegurar o cumprimento antecipado e até majorado da meta fiscal de *superávit* primário; iii) inexecução total ou parcial de dotações orçamentárias assecuratórias de direitos fundamentais; iv) cancelamento de restos a pagar não processados, mas que foram computados para o gasto mínimo em saúde<sup>22</sup>.

Outra vertente de atuação está no acompanhamento e fiscalização de planos, programas e projetos instituídos por lei, à luz da teoria dos motivos determinantes<sup>23</sup>, aplicável, sem ressalvas, à atividade de planejamento. E, assim, caso necessário, deve-se buscar a invalidade do ato em razão da desconformidade com a lei ou por desvio de finalidade.

## 5 – CONCLUSÃO

Diante da moderna concepção vinculante e impositiva do orçamento, aliada aos avanços tecnológicos e legislativos que facilitam o acesso às informações, é dever do Ministério Público exercer o controle sobre as políticas públicas, a partir do acompanhamento e da análise das leis orçamentárias, mediante o estudo da constitucionalidade dessas leis e da verificação de seu alinhamento ao prévio planejamento que deve pautar sua elaboração, de forma a interferir construtivamente nesse processo, mediante a expedição de recomendações administrativas e a propositura das respectivas demandas judiciais.

---

<sup>21</sup> PINTO, Élide Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 71-100, mar./ago. 2014.

<sup>22</sup> PINTO, Élide Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 71-100, mar./ago. 2014.

<sup>23</sup> “De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorrerem e o justificavam” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405).

## 6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADRI, Renata Porto. O planejamento da atividade econômica do Estado como dever do Estado. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista Interesse Público nº 16/2002.
- GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. Lei de responsabilidade fiscal. Caxias do Sul: Plenum, 2005.
- PINTO, Élide Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 71-100, mar./ago. 2014.
- TAVARES, André Ramos. Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o poder público. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 273-304, out./dez., 2001.

## 7 – REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.
- STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001.
- STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003.
- STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008.
- STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008
- STF. REextr. 482.611/SC. Rel. Min. Celso de Mello. J. 24.03.2010
- STF. STA 175-AgR/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010.

# ***EFETIVIDADE DA REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA***

*MOACIR SILVA NASCIMENTO JR*

Pactuada remissão cumulada com medida Socioeducativa, prevista no Art. 126 do ECA, que dispensa a intervenção de Defesa Técnica, cabe ao Ministério Público, paralelamente ao envio do feito para Homologação Judicial, acionar o órgão de execução da medida (CREAS).

EFETIVIDADE DA REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR

INTRODUÇÃO

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) atribua ao Ministério Público um grande número de tarefas a serem desenvolvidas no intuito de garantir o respeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, especialmente daqueles que se encontram em situação de risco, os atos infracionais constituem a matéria que ocupa, com grande frequência, a pauta principal de atividades desenvolvidas nas promotorias de justiça quando o assunto é infância e juventude, haja vista a necessidade de realizar audiências de oitiva informal, participar das de apresentação e de instrução, analisar procedimentos encaminhados pela Polícia Civil, elaborar representações, além de fiscalizar os programas de atendimento socioeducativo.

Importante observar, logo de início, que essa linha de atuação é reflexo de uma cultura muito arraigada na Sociedade brasileira, que também afeta a Comunidade jurídica, a qual é insistente no tratamento de consequências e não de causas. O batido ditado que afirmar ser melhor prevenir do que remediar parece que não consegue furar a pedra dura da mentalidade nacional. Ora, na medida em que um adolescente, desde a sua primeira infância, tenha seus mais básicos direitos fundamentais violados, seja do ponto de vista da saúde e da educação, ou daqueles ligados ao respeito e à convivência familiar, nada menos surpreendente que ele desenvolva precocemente comportamentos previstos em Lei como crime, às vezes praticando condutas marcadas pela violência extrema.

Transcreva-se brilhante reflexão sobre o tem:

A comoção não é boa conselheira e, nesse caso, pode levar a decisões equivocadas com danos irreparáveis para muitas crianças e adolescentes, incidindo diretamente nas famílias e na sociedade. O caminho para pôr fim à condenável violência praticada por adolescentes passa, antes de tudo, por ações preventivas como educação de qualidade, em tempo integral; combate sistemático ao tráfico de drogas; proteção à família; criação, por parte dos poderes públicos e de nossas comunidades eclesiais, de espaços de convivência, visando a ocupação e a inclusão social de adolescentes e jovens por meio de lazer sadio e atividades educativas; reafirmação de valores como o amor, o perdão, a reconciliação, a responsabilidade e a paz. (KRIEGER, 2015)

Trata-se de questão a ser pensada diuturnamente pelos membros do Ministério Público que laboram na área de defesa da infância e da juventude, sobretudo quando a matéria infracional está em análise, em que o foco deve ser na tutela de direitos, sem inibir qualquer postura mais rigorosa quando ocorrerem situações graves, como latrocínios, estupro e outros episódios violentos e altamente repulsivos, que devem receber o tratamento que a Sociedade espera, ou seja, com viés punitivo, desde que observando as limitações legitimamente incluídas no ECA ao exercício de tal poder pelo Estado.

A audiência realizada na fase pré-processual no âmbito da Promotoria de Justiça, portanto, figura como instrumento de inegável relevância para um melhor enfrentamento da questão infracional, na medida em que viabiliza a atuação rápida de agente do Estado investido de todas as garantias e prerrogativas inerentes ao regime jurídico da Magistratura, tanto verificando oportunidades de atuação do Ministério Público no sentido de assegurar o respeito a direitos fundamentais, com a inclusão em programas oficiais de auxílio, por exemplo, quanto pela concessão de remissão ao Adolescente acusado, seja aquela simples, seja a cumulada com medidas socioeducativas.

No presente trabalho, serão analisadas questões jurídicas de indiscutível relevância para a atuação ministerial, com o intuito de fixar modelos operacionais capazes de dotar a atuação do Ministério Público de uma maior eficiência e, por consequência, obtendo melhores resultados especialmente naqueles procedimentos deflagrados na esfera policial que apuram a prática de atos infracionais de menor gravidade, em que a violência não está presente, ou está de forma moderada, representando mais de 60% (sessenta por cento) dos casos, conforme levantamento realizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios entre os meses de março e dezembro de 2010, com 504 (quinhentos e quatro) adolescentes (Perfil... 2011).

A experiência no desempenho das funções ministeriais atesta tanto o acerto de tal estatística quanto a necessidade de abreviar a conclusão de procedimentos deflagrados quando o Adolescente é abordado e conduzido pela Polícia Militar a uma Delegacia de Polícia não especializada, em razão da prática de atos de menor gravidade, como a condução de veículo automotor ou a posse de drogas para consumo pessoal, e a partir

daí passa a vivenciar um universo que tende mais a dificultar a adoção de postura mais adequada ao convívio em Sociedade do que gerar uma mudança de comportamento espontâneo e, por isso, efetivo. O instrumental jurídico, como todos sabem, com seus códigos e rituais vinculados a universos mais medievais do que contemporâneos, diferentemente daquele manuseado no âmbito de outras ciências, como a psicologia e a pedagogia, pouco pode contribuir para isso.

## FUNDAMENTAÇÃO

### MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PACTUADA NA PROMOTORIA DE JUSTIÇA

Embora esteja claramente prevista nos arts. 126, 127, 180 e 180, § 1º, dentre outros, do ECA, a aplicação de medida socioeducativa na fase pré-processual ainda desperta debates e faz com que se entenda, nesta quadra da história, com mais de vinte e cinco anos de vigência da Lei que regulamenta esse importante instrumento jurídico, pela possibilidade de concessão da remissão pelo Ministério Público com aplicação unicamente da medida de advertência, quando os dispositivos legais que regem diretamente a matéria assim estão redigidos, desde a entrada em vigor do Estatuto:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

[...]

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

[...]

Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

Como se depreende da parte final do art. 127, a remissão não tem o condão de incluir o Adolescente acusado da prática de ato infracional nas duas modalidades de medidas executadas em meio fechado, quais sejam, a semi-liberdade e a internação. Excluídas essas, cabível a pactuação de todas as outras previstas no art. 112 do mesmo Estatuto, rol que inclui a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; e a liberdade assistida; além de parcela das medidas de proteção previstas no art. 101 (encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos).

Interessante observar que, há mais de 20 (vinte) anos, foi aprovado o seguinte enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “108) A aplicação de medidas socio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”. (DJ 22/06/1994). De um dos precedentes que embasaram a edição de tal verbete sumular, colhe-se a seguinte passagem do relatório e do voto proferido pelo



Min. Vicente Cernicchiaro:

RELATÓRIO [...] intuito de impugnar acórdão proferido pela Câmara Especial do eg. Tribunal de Justiça paulista, que excluiu da competência do Ministério Público a imposição de medida sócio-educativa de advertência a menor infrator. Sustenta que a r. decisão negou vigência aos arts. 127 e 181, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Informa que a imposição de medida sócio-educativa pelo Promotor de Justiça só produz efeito concreto após a homologação judicial, resultando de acordo de vontades entre as autoridades responsáveis pelos menores. Aduz, outrossim, que **a nova Carta Política concedeu ao Ministério Público o poder para a prática destes atos.** [...]

VOTO [...] A remissão é de iniciativa do Ministério Público (Estatuto, art. 180, II). Todavia, a Justiça da Infância e da Juventude é competente para “conceder remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo” (art. 148, II). O Ministério Público pode “conceder a remissão como forma de exclusão do processo” (Est., art. 201, II). Urge, no entanto, a homologação judicial, quando for o caso de suspensão ou extinção do processo. **Impõe-se ainda a intervenção judiciária quando implicar “aplicação de medida sócio-educativa”** (Est., art. 180, III). Ainda que a lei específica não dispusesse expressamente, impor-se-ia sempre a presença do Magistrado, particularmente após a Constituição da República de 1988 que consagrou o contencioso administrativo (art. 5º, LV). Ainda que não se trate de sanção criminal, encerra, sem dúvida, as características de sanção, exigindo, por isso, o processo com a chancela do Judiciário.

(REsp 28.886/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/1993, DJ 05/04/1993, p. 5864 – destaques acrescentados)

Os outros precedentes estão todos centrados nessa mesma discussão, qual seja, a atribuição de parcela jurisdicional ao Ministério Público, com a advento da nova ordem constitucional, a permitir que o Poder Judiciário não participasse do procedimento direcionado ao cumprimento de medida socioeducativa por Adolescente acusado da prática de ato infracional. Como se vê, poucos anos foram o suficiente para que essa tese, que se deve reconhecer, de plano, com todo o respeito àqueles que a defenderam, insustentável do ponto de vista normativo, de outrora e principalmente de hoje, fosse rechaçada pela jurisprudência do STJ. Não é ela que se busca sustentar por meio do presente trabalho.

O que se defende é o incremento da atividade ministerial, por meio do oferecimento de propostas de remissão cumuladas com medidas socioeducativas em meio aberto que, uma vez aceitas quando da realização da oitiva informal, venham a ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário para que, sendo homologadas, possam produzir os efeitos jurídicos a elas inerentes, com a deflagração do respectivo processo executivo, de acordo com os preceitos normativos contidos tanto no ECA quanto na Lei nº 12.594/2012 (Lei do Sinase), por meio dos órgãos públicos ou privados devidamente qualificados para tanto.

Nesse sentido, expõe de forma bem fundamentada a doutrina:

“Assim, quando o Parquet concede a remissão e nela inclui a aplicação de medida socioeducativa para o adolescente, promove nos autos a sua opção em não representar, submetendo este entendimento ao Poder Judiciário, que decidirá se o homologa, determinando, ou não, ao jovem o seu cumprimento. Portanto, o fato de o cumprimento da medida depender da decisão judicial homologatória para receber exigibilidade (art. 181, § 1º, do ECA) não obsta a que a sua aplicação seja incluída no ato remissivo promovido pelo Ministério Público. Por fim, cabe destacar o despropósito do argumento quanto à violação do princípio do devido processo legal quando concedida remissão, na forma de exclusão, cumulada com medida socioeducativa, já que a autorização para tal possibilidade é extraída dos próprios termos da previsão legislativa sobre o processo infracional.” (MACIEL, 2013)

A possibilidade de cumular remissão já foi inclusive aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pelo seu Plenário em 26/6/2002, lavrando-se acórdão assim ementado:

Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da

Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, **não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade**, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. (RE 229382, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002, DJ 31-10-2002 PP-00020 EMENT VOL-02089-02 PP-00231 – destaque acrescido)

Ao compor a manifestação unânime da Corte Suprema, no sentido de que é constitucional a previsão normativa de sujeição de adolescentes a medidas socio-educativas sem que ocorra a cognição jurisdicional exauriente acerca dos fatos supostamente ilícitos, o Ministro Sepúlveda Pertence pontuou que “menos gravosa ao menor será a advertência do que a simples sujeição a um processo para-penal de apuração de infração. Se se mantém as características que o art. 127 empresa à remissão, a de não corresponder à afirmação da responsabilidade, nem atingir os antecedentes do menor, também entendo constitucional o dispositivo”.

Em nova oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente ser “possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa”, cabendo o importante registro de que, naquele julgamento, funcionou como parecerista o Dr. Geraldo Brindeiro, que na manifestação ministerial defendeu a tese derrotada durante o julgamento e chegou a requerer a declaração incidental de inconstitucionalidade da parte final do art. 127 do ECA e que se oficiasse ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, para que fosse promovida, via resolução, a suspensão de tal trecho normativo.

Consta do voto proferido pelo Ministro relator:

[...] verifico que o procedimento para apuração de ato infracional ainda não havia iniciado, quando a Promotora de Justiça designou data para **oitiva informal** do adolescente, nos termos do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 13). Posteriormente, a representante do Ministério Público concedeu remissão ao adolescente, cumulada à aplicação de medida de advertência (fls. 15v). Ato subsequente, a Juíza da Infância e da Juventude homologou, por sentença, a manifestação ministerial, para que produza seus regulares efeitos. Ao final da sentença, a magistrada determinou a aplicação de medida sócio-educativa de advertência ao adolescente, designando data para a audiência (fls. 16). O recorrente, na data agendada, compareceu ao ato e foi severamente advertido das consequências de uma nova falta, mostrando-se arrependido e prometendo não reincidir (fls. 18). Estes os fatos, vê-se que, ao contrário do que foi consignado no voto condutor [...] do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a imposição da medida de advertência deu-se por **imposição da autoridade judiciária**, atendendo sugestão da representante do Ministério Público. E nem poderia ser diferente, pois a mera concessão da remissão por parte do Ministério Público, para que se alcance a **eficácia** devida deve, necessariamente, receber a **homologação judicial**. (RE 248018, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 – destaques acrescidos)

Esse entendimento, como se observa dos seguintes julgados proferidos pelas cortes estaduais, vêm sendo adotado de forma pacífica:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA . ATO INFRACIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. HOMOLOGAÇÃO DA MEDIDA PELO JULGADOR OU REMESSA DO FEITO AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. **1. Cabe ao órgão do Ministério**

**Público, titular da ação pública socioeducativa, conceder a remissão como forma de exclusão do processo, que pode ser cumulativa com medida socioeducativa não privativa de liberdade, caso em que deve haver anuência do adolescente e de seu representante legal, constituindo autêntica transação.** 2. Compete ao julgador homologar a remissão, caso com ela concorde, ou remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem compete modificar ou convalidar o ato administrativo do Dr. Promotor de Justiça. Se o Chefe do Ministério Público ratificar os termos da manifestação ministerial, a homologação será imperiosa. Inteligência do art. 181, § 2º, do ECA e Súmula nº 23 do TJRS. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70065636508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 22/07/2015 - destacado).

APELAÇÃO. E.C.A. ATO ANÁLOGO AO DELITO DE LESÃO CORPORAL. RECURSO DEFENSIVO. REMISSÃO PROPOSTA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, HOMOLOGADA PELO MAGISTRADO DE PISO, COM APLICAÇÃO DAS MEDIDAS, SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA E PROTETIVA DE VERIFICAÇÃO DE MATRÍCULA E FREQUÊNCIA OBRIGATÓRIA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO. REMISSÃO HOLOGADA NOS TERMOS DO ARTIGO 181, § 1º C/C ARTIGO 127, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS QUE NÃO REPRESENTEM RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. Proposta de remissão formulada pelo órgão do parquet, cumulada com aplicação das medidas, socioeducativa de advertência e protetiva de verificação de matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento de ensino, nos termos dos artigos 126 e 180, III, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] não se vislumbra violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, vez que a remissão prevista no Estatuto Menorista pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento, em razão de prescindir de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional, sendo certo que sua concessão não implica em reconhecimento de antecedentes infracionais. **A possibilidade de remissão cumulada com aplicação de medidas socioeducativas de caráter pedagógico representa matéria já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo-se pela constitucionalidade do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo firmado o entendimento por nossos Tribunais Superiores de que será viável a cumulação quando as medidas socioeducativas não importarem restrição à liberdade do menor, nos termos dos artigos 126 e 127 do Estatuto Menorista. Precedentes.** [...] Desta forma, tendo sido a proposta de remissão, cumulada com a aplicação de medida socioeducativa de advertência, devidamente homologada por decisão judicial, é cediço que foi o órgão do Poder Judiciário que a aplicou e não o Ministério Público, como quer fazer crer a Defesa. Pelo exposto VOTO pelo CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO do apelo, mantendo integralmente a sentença que homologou a remissão cumulada com a aplicação de medida socioeducativa de advertência, além da medida protetiva de matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento de ensino. (TJ-RJ - APL: 00089465020148190006 RJ 0008946-50.2014.8.19.0006, Relator: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 25/02/2015, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/02/2015 15:18 - destacado)

RECURSO DE APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROPOSTA DE REMISSÃO CUMULADA COM LIBERDADE ASSISTIDA. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL DO ACORDO, COM O AFASTAMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 181, § 2º, DA LEI N. 8.069/90. DECISÃO CASSADA. "Não há constrangimento ilegal quando a remissão é cumulada com medida de liberdade assistida, pois esse instituto pode ser aplicado juntamente com outras medidas que não impliquem restrição da liberdade do menor, nos exatos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente" (STJ, Ministro Og Fernandes, DJUe de 19/3/2012). **Entendendo que a medida cumulativa é desproporcional ao ato infracional, em tese, praticado, deve o Magistrado de Primeiro Grau proceder na forma do art. 181, § 2º, da Lei n. 8.069/90 e, assim, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça.** RECLAMO PROVIDO. (TJ-SC - APL: 20140355489 SC 2014.035548-9 (Acórdão), Relator: Moacyr de Moraes

Lima Filho, Data de Julgamento: 10/11/2014, Terceira Câmara Criminal Julgado - destacado)

## DESNECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO OU DO DEFENSOR PÚBLICO

A participação de defesa técnica no momento da audiência de oitiva informal é aspecto que merece especial atenção, posto que o extremo fetichismo hoje existente em relação às garantias processuais no âmbito penal tende a contaminar todos os ramos da Ciência Jurídica, fazendo com que interpretações equivocadas acerca de princípios de inegável relevância para o Estado de Direito terminem por travar procedimentos que devem ser dotados de uma mínima celeridade, sob pena de perecimento do direito para tutela do qual foram pensados.

Tendo em vista o perfil econômico da maior parte dos adolescentes apreendidos ou acusados da prática de atos infracionais, é fato comum que eles compareçam à audiência de oitiva informal desacompanhados de advogado. São pessoas que não têm condições de arcar com os honorários legitimamente cobrados por esses profissionais e dependem da assistência jurídica gratuita a ser prestada pelo Estado, por dever constitucional, através da Defensoria Pública.

A Constituição Federal, por sua vez, foi recentemente emendada para impor ao Estado brasileiro, tanto à União quanto aos estados e ao Distrito Federal, a instalação efetiva de órgãos com Defensores Públicos em todas as comarcas brasileiras. Sintomática, a Emenda Constitucional nº 80/2014, de uma realidade muito bem conhecida pelos membros do Ministério Público que atuam nas comarcas de interior. Promotores de Justiça com mais de uma década de exercício da função relatam nunca terem atuado com um Defensor Público de carreira. A estratégia administrativa, confessadamente adotada em várias unidades da federação, é equipar gradativamente a Capital e as principais cidades com sedes próprias, abstando-se de criar sistemas de substituição automática e deixando, inclusive nessas cidades, de participar de audiências criminais, como as preliminares dos Juizados Especiais. Por isso, dezenas de transações penais são firmadas diariamente nesses órgãos sem atuação de defesa técnica e, uma vez cumpridas, são homologadas e produzem seus efeitos jurídicos.

Essa questão estrutural deve ser objeto de análise, não para adequar o plano normativo ao dos fatos, o que seria boicotar a própria Ordem Jurídica, mas para que se observe o risco que correm aqueles que militam em favor da tese segundo a qual a presença de Defensor Público nas oitivas informais realizadas na Promotoria de Justiça é pressuposto de validade do ato de concessão de remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto. Tal risco consiste basicamente na inviabilidade da pactuação de tais remissões e no completo esvaziamento da respectiva audiência. Se não há defensores e a Lei atribuiu apenas ao juiz o poder de nomear advogado, conforme dicção do art. 5º, § 3º, da Lei nº 1.060/1950, dificilmente poder-se-ia utilizar o referido instituto e o prejuízo seria arcado pelos Adolescentes que se enquadram no modelo legal de tal benefício.

Na medida em que os requisitos legais para a concessão de remissão cumulada estão presentes, cabe ao Promotor de Justiça realizar a oferta ao Adolescente, independentemente da defesa técnica, haja vista que não há processo, não há acusação formal, não há investida punitiva do Estado, mas sim a aplicação, em favor dessa pessoa, de uma medida prevista em Lei com o objetivo, sobretudo, de ajudar no seu processo de desenvolvimento.

O instituto da remissão cumulada com medida socioeducativa, ao contrário do que se pode concluir a partir da análise do verbo “conceder”, previsto no art. 126 do Estatuto, representa espécie de negócio jurídico bilateral, sujeito, como já explicitado neste trabalho e defendido por abalizada doutrina (MACIEL, 2013), à homologação judicial para que passe a ostentar a característica da exigibilidade. Ocorre a intervenção, portanto, de dois agentes do Estado dotados de todas as garantias indispensáveis à análise técnica e isenta dos casos levados ao seu conhecimento, sendo incabível qualquer invocação do princípio da ampla defesa para tornar nula pactuação expressamente autorizada pela Lei.

Em seu magistério, Lenio Streck vem há muito denunciando o que denomina panprincipiologismo, que tem contaminado grande parcela da doutrina e seduzido magistrados e membros do Ministério Público, diante da confortável liberdade de ação:

[...] não me dei conta, até pouco tempo, de que os juristas brasileiros (e nisso se incluem os neoconstitucionalistas de além mar e aquém mais que não abrem mão da discricionariedade judicial) contenta(va)m-se com o menos, isto é, limita(va)m-se a superar as velhas formas de exegetismo, entregando, entretanto, todo o poder ao intérprete (em especial, aos juízes), a partir de uma série de fórmulas do tipo “menos-regras, mais-princípios, menos-subsunção, mais-ponderação”, etc. Ora, essa

“delegação de poder” já estava no velho Movimento do Direito Livre (que deve ser entendido em dois níveis: primeiro, na reivindicação da liberdade de investigação do direito, superando o deducionismo conceitualista em favor de uma espécie de sociologismo; segundo, e como consequência, no modo de resolver o problema das lacunas que, ao final, acaba entregando aos juizes a possibilidade de corrigir os vazios legislativos, adaptando a legislação à realidade social que, nos casos mais estremados, admitia, inclusive, decisões contra legem), na jurisprudência dos interesses, que representa algo como um dissidência do Movimento do Direito Livre, no sentido de se constituir como uma ala moderada frente aos exageros libertários, e se aprimorou na jurisprudência dos valores (sem considerar os movimentos realistas no interior da common law). (STRECK, 2014)

Por sorte, os tribunais pátrios não estão deixando de aplicar a sistemática legal consagrada no Estatuto, conforme se constata dos seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A FURTO. OFERECIMENTO DE REMISSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A APLICAÇÃO DE LIBERDADE ASSISTIDA. DECISÃO QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA OUVIDA DO ADOLESCENTE PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA, CONDICIONA A HOMOLOGAÇÃO DA REMISSÃO À NOVA AUDIÊNCIA, COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO ATO. PRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. **Da natureza do procedimento de oitiva do adolescente pelo Ministério Público que culmina com o oferecimento da remissão, ato este informal e administrativo, decorre sua não sujeição ao contraditório e à ampla defesa.** A remissão, de outra parte, não acarreta o reconhecimento da responsabilidade do adolescente pela prática do ato infracional tampouco vai de encontro ao enunciado da Súmula n. 108 do STJ, porquanto sua validade está condicionada à homologação judicial (art. 181 do ECA). Assim, mostra-se despicienda a decisão que condiciona a homologação da remissão à designação de nova audiência para oitiva do adolescente acompanhado de advogado. (TJ-SC - AG: 20130366582 SC 2013.036658-2 (Acórdão), Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 10/07/2013, Quarta Câmara Criminal Julgado - destacado)

HABEAS CORPUS. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. REMISSÃO E CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA DEPRECADA. ALEG AÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO NA VARA DE ORIGEM. NÃO ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO QUANDO DA OITIVA DO ADOLESCENTE E DA GENITORA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E QUE CULMINOU COM A ACEITAÇÃO DA PROPOSTA DE REMISSÃO. OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. **O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA É EXERCIDO E CONFORMADO PELO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A OITIVA - POR PROMOTOR DE JUSTIÇA - DE ADOLESCENTE, ACOMPANHADO POR REPRESENTANTE LEGAL, E A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO CUMULADA COM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA É PROCEDIMENTO TRAÇADO PELA LEI. [...]** 3. ORDEM DENEGADA. (TJ-DF - HBC: 20080020075327 DF, Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 19/06/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 03/10/2008 Pág. : 161 DJU 03/10/2008 Pág. : 161 - destacado)

ENVIO IMEDIATO DO CASO AO ÓRGÃO INCUMBIDO DO ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Conforme sistemática já decorrente do Estatuto, e reforçada pelas rigorosas disposições da Lei do Sinase acerca da execução das medidas socioeducativas, inclusive as em meio aberto, a participação do Poder Judiciário é de extrema relevância na matéria em análise.

Sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), cumpre transcrever as lúcidas ponderações doutrinárias a seguir:

O SINASE se constitui, sem dúvidas, no grande instrumento de mudança de paradigma do Direito Infanto-Juvenil no Brasil, ou seja, é a ferramenta indispensável para consolidar a travessia da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral. O SINASE, como subsistema, está inserido no Sistema Geral de Garantias de Direitos e interage com os demais subsistemas – segurança e justiça, saúde, assistência social e educação -, no sentido de construir a grande rede de atendimento socioeducativo, e assim, assegurar, no âmbito dos princípios da prioridade absoluta e da incompletude institucional, os direitos fundamentais assegurados aos adolescentes em conflito com a lei, previstos no ECA, na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais, das quais o Brasil é signatário. O juiz da Infância e Juventude não mais dispõe dos super poderes do famigerado “juiz de menores” e nem é detentor de “presumíveis” conhecimentos enciclopédicos, pois à luz da doutrina da proteção integral e dos postulados do SINASE, é apenas mais um ator no sistema de garantias de direitos. Com efeito, em regra, o juiz da Infância e Juventude deve ser auxiliado por uma equipe interdisciplinar( arts. 150 e 151 do ECA), e suas decisões referentes à execução das medidas socioeducativas devem ser fundamentadas e cumpridas em entidades em meio aberto – liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade -, bem como em unidades de semiliberdade e internação, com a intervenção de uma rede integrada por outros atores do sistema socioeducativo. (BANDEIRA, 2014)

Pactuado no âmbito do Ministério Público o cumprimento de medida socioeducativa pelo Adolescente, cabe o envio imediato dos autos ao Poder Judiciário para homologação, que terá como opção, na hipótese de discordância, o envio ao Procurador-Geral de Justiça. Caso concorde, determinará a instauração de processo próprio, com a finalidade de atuar os documentos mencionados na Lei do Sinase:

Art. 39. 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 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e com atuação das seguintes peças:

I - documentos de caráter pessoal do adolescente existentes no processo de conhecimento, especialmente os que comprovem sua idade; e

II - as indicadas pela autoridade judiciária, sempre que houver necessidade e, obrigatoriamente:

**a) cópia da representação;**

b) cópia da certidão de antecedentes;

c) cópia da sentença ou acórdão; e

d) cópia de estudos técnicos realizados durante a fase de conhecimento.

Parágrafo único. Procedimento idêntico será observado na hipótese de medida aplicada em sede de remissão, **como forma de suspensão do processo**.

Art. 40. Autuadas as peças, a autoridade judiciária encaminhará, imediatamente, cópia integral do expediente ao órgão gestor do atendimento socioeducativo, solicitando designação do programa ou da unidade de cumprimento da medida.

O art. 39, II, “a”, da Lei do Sinase, ao lado de seu parágrafo único, devem ser interpretados de acordo com as normas que permitem a pactuação de medida socioeducativa no ato da remissão realizada no âmbito do Ministério Público, conforme exaustiva exposição anterior. Não teria sentido elaborar representação contra alguém que se dispõe a submeter-se espontânea e imediatamente a medidas socioeducativas de liberdade assistida ou de prestação de serviços à comunidade. Cabe à autoridade Judicial, portanto, em um único feito, proceder à homologação e dar início ao processo executivo.

Como bem explicitado pela doutrina, a origem da medida socioeducativa pouco importa para a sua execução, pontuando que, “tenha a medida socioeducativa decorrido de sentença ou de acórdão, ou tenha sido homologada judicialmente em procedimento em que tenha havido remissão cumulada com medida socioeducativa, o procedimento autônomo de execução existirá de igual maneira” (CARELLI, 2014, p. 66).



Na mesma linha, é o posicionamento de Murillo José Digiácomo:

A obrigatoriedade da instauração de processo específico de execução diz respeito à modalidade de medida em execução (liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade, semiliberdade e execução), pouco importando se a aplicação ocorreu ao término do processo de conhecimento ou em sede de remissão (sendo certo que a remissão somente admite cumulação com medidas em meio aberto). O art. 39, par. único, da Lei nº 12.594/2012 é expresso neste sentido, e **embora faça referência apenas à remissão concedida como forma de suspensão do processo, a sistemática também se aplica, obviamente, à remissão concedida como forma de exclusão do processo, quando cumulada com medidas liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade**. Assim sendo, mesmo tendo sido a medida de prestação de serviços à comunidade aplicada em sede de remissão, será necessário instaurar de processo específico de execução. Isto é salutar, inclusive, para o fim de eventual "unificação" de medidas, nos moldes do previsto no art. 45, caput, da Lei nº 12.594/2012. (DIGIÁCOMO, 2012, destacado)

Geralmente, figuram como unidades de cumprimento das referidas medidas, em cidades com mais de 60.000 (sessenta mil) habitantes, os Centros de Referência Especializados de Assistência Social (Creas), que atuam de acordo com normatividade própria, editada no âmbito da Política Nacional de Assistência Social, considerando que, após a publicação da Lei Federal nº 12.435/2011, foi reconhecido o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) como estrutura responsável pela implementação da Assistência Social no país.

Observem-se as esclarecedoras lições, constantes de publicação técnica especializada, sobre as medidas socioeducativas de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) e de Liberdade Assistida (LA):

A Medida Socioeducativa de PSC não deve ser caracterizada apenas pela perspectiva da punição, mas revestida de significado social e ético – como, por exemplo, a restauração de patrimônio público (que tenha sido depredado pela prática de atos infracionais), ações interativas em instituições socioassistências (acolhimento institucional de crianças e adolescentes ou de idosos) ou em órgãos públicos. As atividades devem possibilitar acesso a novos conhecimentos e habilidades no processo de aprendizagem e oportunizar relações interpessoais que sejam favoráveis ao adolescente. (SDS, 2012, p. 33)

Como padrão de ressocialização, estabelece aos adolescentes condições à sua conduta, direcionando atividades ideais, estimulando o convívio familiar, estruturando sua vida escolar e profissional e propiciando elementos para inserção do adolescente na própria sociedade. A LA torna-se uma medida socioeducativa intermediária, com maior frequência na aplicabilidade, sem perder a característica de restrição relativa de liberdade. Desse modo, entende-se que a LA tem o seu caráter coercitivo, demarcado pela necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente (escola, trabalho e família) e caráter educativo, e deve se manifestar no acompanhamento personalizado, garantindo-se aspectos como: proteção, inserção do direito à saúde, com pedidos liminares, podem permanecer por semanas ou meses aguardando despachos judiciais, seja por acúmulo de serviço, pela ausência de titular na Vara ou por pura falta de sensibilidade ou de vocação do magistrado que nela oficia. O risco de demora na análise e deliberação judicial existe e impõe ao órgão do Ministério Público uma saída muito simples para minorar os seus efeitos. (SDS, 2012, p. 34)

Como se vê, tais medidas contém inegável caráter educativo e, de acordo com o princípio da intervenção precoce, expressamente incluído no art. 100, parágrafo único, VI, do ECA, devem ter o início de seu processo de execução logo após o envolvimento do adolescente com o ilícito, o que pode não ocorrer acaso o processo submetido ao Poder Judiciário não receba o trâmite que se espera. Mesmo demandas que discutem o direito à saúde, com pedidos liminares, podem permanecer por semanas ou meses aguardando despachos judiciais, seja por acúmulo de serviço, pela ausência de titular na Vara ou por pura falta de sensibilidade ou de vocação do magistrado que nela oficia. O risco de demora na análise e deliberação judicial existe e impõe ao órgão do Ministério Público uma saída muito simples para minorar os seus efeitos.

Realizada a oitiva informal, dias após o ilícito, havendo concordância do Adolescente e de seu genitor ou de sua genitora quanto à submissão a liberdade assistida ou a prestação de serviços à comunidade, concordância essa muitas vezes acompanhada de uma súplica pela atuação do Estado no caso, com a máxima urgência, em razão de não vislumbrar mais estratégias de enfrentamento do natural comportamento rebelde do filho, cabe ao órgão do Ministério Público encaminhá-los, por meio de ofício, instruído de cópia integral dos

autos, ao órgão encarregado da execução da medida.

Essa estratégia é facilmente aplicada em cidades dotadas de um único Creas, que pode permanecer inoperante por meses, sem realizar nenhuma execução de medida socioeducativa caso o Poder Judiciário, provocado após a oitiva informal, deixe acumular em suas estantes os autos encaminhados pelo Ministério Público para homologação. Quando da pactuação, o adolescente assume, com seu responsável, o compromisso de comparecer logo depois da oitiva informal ao Creas, preferencialmente no dia útil subsequente, apresentando-se para fins de iniciar a avaliação interdisciplinar e adoção de outras providências para a elaboração do Plano Individual de Atendimento, exaustivamente regulamentado a partir do art. 52 da Lei do Sinase.

Não se trata de executar a medida sem a deliberação judicial, eis que não há dúvida quanto à produção de efeitos jurídicos somente depois do ato homologatório, mas viabilizar o ingresso do Adolescente no Sistema Único de Assistência Social, a fim de proporcionar inclusive o acesso aos instrumentos de inegável valor para a correção de rumos comportamentais e adoção de posturas mais adequadas à convivência em Sociedade. Evidentemente, essa estratégia de atuação exige o estreitamento dos vínculos institucionais entre a Promotoria de Justiça e os demais órgãos que compõem a rede de proteção à criança e ao adolescente da Comarca, sobretudo o executor da medida e o judicante, esclarecendo-a da melhor forma possível.

## CONCLUSÃO

Ao verificar o cabimento e pactuar a remissão cumulada com medida socioeducativa de liberdade assistida ou de prestação de serviços à comunidade, o membro do Ministério Público deve, independentemente da presença de Advogado ou de Defensor Público na audiência de oitiva informal, encaminhar o feito para homologação judicial e atuação do processo executivo, além de entregar cópia dos autos ao genitor ou responsável legal, com ofício dirigido ao órgão de atendimento socioeducativo, onde devem comparecer em prazo breve para início dos trabalhos necessários à elaboração do plano individual de atendimento e eventual adoção de medidas protetivas no âmbito do Sistema Único de Assistência Social.

Apresenta-se, portanto, respeitada a limitação de espaço prevista em regulamento, a seguinte proposta de enunciado: Pactuada remissão cumulada com medida socioeducativa, prevista no art. 126 do ECA, que dispensa a intervenção de defesa técnica, cabe ao Ministério Público, paralelamente ao envio do feito para homologação judicial, acionar o órgão de execução da medida (CREAS).

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA. Marcos. Tribunal de Justiça da Bahia. A positivação do Sinase no ordenamento jurídico brasileiro e a execução das medidas socioeducativas. Disponível em <[http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/images/noticia/artigo\\_marcos\\_bandeira\\_sinase.pdf](http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/images/noticia/artigo_marcos_bandeira_sinase.pdf)>, 2014.

Caderno de Orientações Técnicas e Metodológicas de Medidas Socioeducativas (MSE), de Liberdade Assistida (LA) e Prestação de Serviços à Comunidade (PSC). Secretaria de Desenvolvimento Social. São Paulo: Secretaria de Desenvolvimento Social (SDS), 2012.

CARELLI, Andrea Mismotto. Comentários à Lei nº 12.594/2012: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. MPMG, 2014.

DIGIÁCOMO, Murillo José. O SINASE em perguntas e respostas. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1198>>, 2012.

KRIEGER. Murilo Sebastião Ramos. CNBB. A Redução da Maioridade Penal. Disponível em <<http://cnbb.org.br/outros/dom-murilo-sebastiao-ramos-krieger/16792-a-reducao-da-maioridade-penal>>, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. “Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio. Consultor Jurídico. Que maldição estaria por trás da interpretação do direito em Kelsen? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-13/senso-incomum-maldicao-estaria-interpretacao-direito-kelsen>>, 2014.



# ***TAC EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA***

*EDUARDO SENS DOS SANTOS*

É lícita a celebração de TAC na improbidade administrativa. Não há vedação legal quando não houver ação em andamento, e a medida for recomendável numa análise antecipada das sanções que se poderiam obter na ação de improbidade.

## TAC EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**Eduardo Sens dos Santos**  
Promotor de Justiça em Santa Catarina  
Mestre em Direito do Estado e da Sociedade  
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos

*"Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o **melhor caminho** para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade"<sup>1</sup>*

### 1. Introdução

Um Ministério Público que se pretenda moderno, eficiente, proativo e atento às demandas sociais da pós-modernidade não pode continuar analisando a diversidade da vida contemporânea com base em esquemas interpretativos civilistas clássicos, que impõem de forma irracional a propositura de demandas fadadas ao insucesso, como uma forma de justificar à sociedade o "cumprimento de seu dever institucional". O Ministério Público é mais que um mero preenchedor de escaninhos.

Entretanto, interpretações antiquadas da Lei de Improbidade Administrativa exigem do promotor de justiça a propositura de ação de improbidade mesmo quando já se anteveja a total ineficiência do procedimento. Ou pior: quando um acordo entre as partes, anterior à propositura da ação, seja viável para tutelar de modo eficaz a moralidade administrativa.

Na verdade, observa-se haver nestas interpretações um choque de visões distintas de Ministério Público. De um lado, o *Ministério Público demandista*<sup>2</sup>, que entende concluída sua missão ao apresentar a demanda ao Judiciário. De outro, o *Ministério Público resolutivo*<sup>3</sup>, que obtém de forma negociada, e portanto rápida, prática e eficiente, o resultado esperado de suas ações.

A tese que aqui é submetida ao XXI Congresso Nacional do Ministério Público propõe revelar a possibilidade jurídica de que o TAC antecedente à ação de improbidade administrativa é legítimo instrumento para a tutela da moralidade administrativa.

### 2. Síntese dogmática

Quando, com a crescente aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, os promotores de justiça de todo o país passaram a se dedicar aos casos de improbidade, fatalmente se depararam com situações de diversa gravidade.

---

<sup>1</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 206-207.

<sup>2</sup> Marcelo Pedrosa Goulart, promotor de justiça em São Paulo, parece ter sido o primeiro a cunhar a expressão: "No primeiro modelo — Ministério Público demandista —, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual". GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, n. 1, 2001. p. 11-34.

<sup>3</sup> Para o mesmo autor, o Ministério Público resolutivo, "na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a **solução direta** das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (**soluções negociadas**), utilizando esses procedimentos com o objetivo de **sacramentar acordos** e ajustar condutas, sempre no sentido de **afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais**". Idem, p. 29.

Para alguns casos a prisão era pouco; para outros, uma multa era muito.

Nestes últimos, ou seja, nos casos de improbidade de pequeno potencial ofensivo, certamente os promotores se depararam com a mesma inquietação que deu origem a este estudo. Basta imaginar uma conduta que configurasse ao mesmo tempo o crime de advocacia administrativa e uma improbidade administrativa. Para o crime (teoricamente algo mais grave) caberia a transação penal; para a improbidade a solução seria propor uma ação de improbidade, e aguardar por longos anos uma sentença...

Por outro lado, caso estivessem diante de dano ambiental de pequena monta, admitir-se-ia um acordo para compensar os danos ambientais. Caso o problema fosse um dano causado aos consumidores, um TAC poderia ser celebrado com o fabricante, definindo desde já uma sanção (ainda que sob o velado nome de “dano extrapatrimonial coletivo”).

Mas, atentos aos textos que decoraram como condição para aprovação no concurso de admissão ao cargo, aqueles promotores logo lembraram da restrição da Lei de Improbidade Administrativa, que veda "a transação, acordo ou conciliação" nas ações de improbidade administrativa (art. 17, §1º).

E nisso não estavam sós. Boa parte dos escritores que tratam da improbidade administrativa aceitam a tese de que o art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, veda o TAC não apenas na *ação* de improbidade, tal como consta no texto do dispositivo legal, mas também antes de qualquer *ação* existir, ou seja, no inquérito civil público que investigue improbidade.

A postura que se defende aqui é contrária. Advoga-se aqui a ideia de que a vedação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, deve ser interpretada restritivamente, já que se trata de **restrição ao poder do Ministério Público**, limitando a possibilidade de acordo entre as partes apenas no momento processual específico da ação de improbidade, quer dizer, depois de recebida a petição inicial, quando já esteja instaurada a instância.

Em nosso entender, a Lei de Improbidade Administrativa veda acordos "nas ações" de improbidade administrativa (art. 17, §1º). Logo, não havendo ainda "ação de improbidade administrativa", não está vedada a celebração de TAC.

Esta premissa é ainda mais válida quando se observa que se está tratando aqui de **poderes do Ministério Público**; em específico, do **poder** do Ministério Público de tomar dos responsáveis por improbidade administrativa o compromisso de se ajustarem ao que prevê a Lei de Improbidade Administrativa, inclusive aceitando, se houver aquiescência dos envolvidos, desde logo a aplicação da sanção de multa prevista na própria Lei de Improbidade Administrativa.

Ora, como ampliar para o campo **extraprocessual** uma restrição **processual** ao poder do Ministério Público tal como a prevista no art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa? Como compreender que o próprio Ministério Público interprete restritivamente os poderes de seus promotores de justiça em ponto que nem mesmo a própria lei claramente restringiu?

Como, enfim, negar a possibilidade de as partes, de comum acordo, assistidas por advogado, aceitarem o pagamento de uma multa que, numa análise antecipada das provas, da gravidade do ato, do custo e do tempo de duração do processo, não ultrapassará o pagamento daquela mesma multa caso haja condenação?

Em nosso modesto entender, pautado, como se verá adiante, por diversas experiências vividas no decorrer dos últimos oito anos de atuação ministerial, é sempre recomendável a celebração de TAC quando se vislumbrar que o ato de improbidade vá ser sancionado no máximo com multa.

### *3. Fundamentação*

#### *3.1. Um curtíssimo histórico da evolução do direito – das soluções judiciais às consensuais*

Uma das nuances da evolução do direito processual é a constante busca pela desjudicialização de conflitos, ou, em outras palavras, a fuga das soluções judiciais em prol das soluções extrajudiciais de conflitos, tudo para evitar que

demandas desnecessárias cheguem ao Judiciário.

De um início tímido com a Lei de Arbitragem, passou-se à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que criou o instituto da transação penal para ações penais que até então eram públicas *incondicionadas*. Os tribunais de justiça incentivam em todo o país a instalação da mediação familiar. Mais recentemente ainda, concedeu-se às partes, perante os tabelionatos, o poder de celebrarem acordos relativos a divórcios, inventários e partilhas (Lei nº 11.441/2007).

A razão desta evolução é muito evidente. Diante da natural morosidade do Judiciário e do excesso de demandas rotineiramente submetidas aos juizes (que além de juizes são hoje administradores de fóruns, fiscais de abrigos, fiscais de presídios, psicólogos familiares, caçadores eletrônicos de patrimônio) é absolutamente impossível obter resposta rápida da Justiça em todos os casos. Somente a justiça consensual, afirmam os teóricos do Direito, é a verdadeira justiça, aquela que devolve a paz social, que estimula o respeito pelo direito e pelo outro, justamente porque não encontra resistência depois da sentença.

Ora, se o art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa não proíbe expressamente acordos na fase pré-processual, se a tendência mundial é a justiça consensual, se, além disso, a mesma sanção proposta na fase de inquérito é aquela que se obterá com uma sentença judicial impositiva, no final de um processo judicial moroso e caríssimo, e se, afinal de contas, o Ministério Público deve ser eficiente na sua missão de zelar pelo respeito dos poderes públicos e do patrimônio público, e de fortalecer a democracia, não há razão alguma para negar validade a um TAC que, consensualmente, obtenha exatamente o mesmo que se poderia obter pela sentença judicial.

É preciso também lembrar que as condutas que configuram atos de improbidade nunca têm todas a mesma gravidade. Bem por isso a própria Lei de Improbidade Administrativa prevê uma série de sanções que podem ser melhor dosadas de forma a assegurar uma proporcionalidade no apenamento da improbidade.

Todavia, pela redação dos arts. 9º, 10 e 11, condutas de ínfima e de pequena gravidade, tanto quanto atos de improbidade de grande extensão, todas podem ser consideradas igualmente "improbidade administrativa" e sujeitar os responsáveis às sanções legais. É evidente, contudo, que um ato de ínfima ou de pequena gravidade deva ser apenado com as sanções mais brandas, tais como a multa, ao passo que somente os atos mais graves devam ser apenados com perda de função pública, perda de direitos políticos e as outras sanções previstas em lei.

Em todos os casos de sua esfera de atuação, seja na improbidade administrativa, seja em qualquer direito difuso ou mesmo na área penal, cabe ao Ministério Público, como representante da sociedade, escolher a estratégia mais **eficiente** para sancioná-los, já que também o Ministério Público, se submete ao princípio da eficiência, que está no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ao lado do princípio da legalidade.

Pode-se dizer com toda certeza, enfim, que **jama**s atos de improbidade de menor lesividade seriam **sancionados efetivamente** se fosse necessário submetê-los sempre ao Judiciário. Por outro lado, em muitas vezes a necessidade de contratação de advogado para defesa já seria sanção muito exagerada em face da pequena gravidade do ato de improbidade.

Ora, se o Ministério Público deve "zelar pelo *efetivo* respeito dos Poderes Públicos", "promovendo as medidas necessárias a sua garantia", e se o Ministério Público deve promover o inquérito civil público para "proteção do patrimônio público e social" (art. 129, Constituição da República), por que razão excluir do Ministério Público a possibilidade de celebração de TAC em que o responsável por ato de improbidade seja apenado com a **mesmíssima** sanção que receberia eventualmente ao final de uma custosa, cara, demorada e burocrática ação de improbidade administrativa?

Vale sempre lembrar que o Ministério Público é, em sentido lato, órgão público. E a administração pública de qualquer dos Poderes da União, Estados e Distrito Federal deve obedecer ao princípio da "eficiência", tal como previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Como ser "eficiente" e ao mesmo tempo obrigar o promotor, em não havendo vedação legal expressa, a optar pela custosa ação de improbidade administrativa quando, pela via de um TAC, um acordo celebrado consensualmente

entre as partes, se pode alcançar o mesmo objetivo, com custo ínfimo, com agilidade adequada e com grande eficiência?!

Utilizar a ferramenta correta para consertar o problema da improbidade parece, portanto, muito mais do que uma opção: uma obrigação!

Outro argumento de ordem prática é também de fácil visualização. Retirar o poder do Ministério Público de propor TAC e obter rapidamente a sanção para pequenos atos de improbidade, transferindo este poder ao Judiciário, é na prática esvaziar em grande parte o poder de "zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos" conferido pelo art. 129, II, da Constituição da República ao Ministério Público.

Afinal de contas, por que razão o Judiciário estaria em melhores condições que o Ministério Público, por seus promotores e por seus procuradores, ou no Conselho Superior, de definir se um ato de improbidade deve ser sancionado com multa de um, dois ou dez ou cem salários mínimos? Por que razão o Judiciário estaria em melhores condições, tanto práticas (agilidade, rapidez, eficiência), quanto de mérito (conhecimento da causa, da sociedade, da comunidade) que o próprio Ministério Público?

E aqui reside o importantíssimo papel do Conselho Superior do Ministério Público, como instância revisora das promoções de arquivamento e dos TACs. O promotor pode propor TAC para atos de improbidade, mas também é poder-dever do Conselho Superior revisar este TAC, por entender, numa ponderação entre os prós e os contras da propositura da ação, que o ato de improbidade é grave e exige mais do que simples multa, sendo necessária a demanda para aplicação das demais sanções (perda do cargo, suspensão de direitos políticos, p.ex.).

Vale lembrar também que em outros ilícitos civis, tais como as condutas lesivas ao meio ambiente ou ao consumidor, o montante da reparação dos danos e o dano moral coletivo (de caráter punitivo) previstos em TAC são revisados pelo Conselho Superior do Ministério Público, e nunca pelo Judiciário. Não há razão, portanto, para pensar de forma diferente quando se trata de outro interesse difuso, como a moralidade administrativa.

Na verdade, jamais o promotor de justiça age sozinho na celebração de um TAC. Além de obrigatoriamente exigir a aquiescência da contraparte, seus procedimentos, tanto formalmente quando em relação ao mérito, serão sempre minuciosamente analisados pelo Conselho Superior do Ministério Público que poderá, entendendo ser o ato de improbidade passível de outras sanções além da multa, deixar de homologar a promoção de arquivamento e designar outro membro para propor a ação de improbidade. Dizer, enfim, que o Judiciário é o único órgão legitimado a dosar as sanções de improbidade, mesmo quando limitadas à multa, é retirar também este poder do Conselho Superior do Ministério Público e, via de consequência, do próprio Ministério Público brasileiro.

### 3.2. *Parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa – só o juiz pode gradar a sanção?*

Por vezes argumenta-se que o art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa confere exclusivamente ao juiz o poder de gradar a sanção a ser aplicada ao agente improbo.

De fato, o parágrafo único declara que "na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

Todavia, parece evidente que somente quando *proposta a ação* é que cabe ao juiz fixar as penas. Não havendo *ação*, não há *jurisdição* e, não havendo proibição expressa, não há razão alguma para retirar do Ministério Público o poder de propor TAC para, numa dosimetria antecipada da pena – tal qual se faz nos juizados especiais criminais, na delação premiada, nos danos ambientais e ao consumidor, dentre outros – chegar a acordo com o agente improbo.

No TAC a dosimetria é anterior, é prévia à própria ação de improbidade. Se, pela jurisprudência, percebe o promotor que a sanção para aquela improbidade detectada no inquérito civil público não passará de multa, por que razão não permitir que se celebre TAC com o responsável, obtendo dele a mesma multa que receberia ao final?

Não há aqui qualquer tipo de usurpação da competência jurisdicional. O juiz só tem o poder de fixar a pena *na sentença*, já que por definição a jurisdição é sempre inerte. Não havendo sentença, por não haver processo, por não ter

havido a necessidade de provocação da jurisdição, não há que se falar em usurpação da competência do juiz.

Por outro lado, o fato de a lei de improbidade conferir ao juiz a gradação da sanção não retira a possibilidade de o Ministério Público aplicar antecipadamente a multa, em acordo com as partes. Veja-se, por exemplo, que também é o juiz quem deve dosar a indenização por danos ambientais ou contra as relações de consumo e isso nunca retirou do Ministério Público o poder-dever de propor TAC para já no inquérito civil público compensar os danos ambientais, da forma como convierem as partes. Na verdade, a previsão do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa<sup>4</sup> só existe porque se pressupunha, erroneamente, à época da edição da Lei nº 8.429/92, que todos os casos de improbidade seriam, no modelo imperante de Ministério Público demandista, vigente à época, resolvidos via ação judicial.

Ora, também é o juiz quem deve dosar a pena para crimes de menor potencial ofensivo, pela regra do art. 59 do Código Penal, mas isso não impede que o promotor apresente proposta de transação penal com a pena dosada de acordo com sua prudência. O mesmo se diga nos atos infracionais, em que a remissão pode ser cumulada com prestação de serviços comunitários dosada pelo promotor como melhor entender.

Enfim, a tendência, pelo que se observa na legislação, é evitar ao máximo que o juiz tenha que cuidar de casos em que haja consenso das partes sobre a sanção a ser aplicada.

Entendimento em contrário terá o efeito nocivo de, a longo prazo, retirar a *credibilidade* do Ministério Público perante o Judiciário. Basta imaginar a rotina de um promotor que se vê obrigado a propor ações de improbidade por pequenos desvios e os juízes, desembargadores, ministros, debruçados a refletir sobre este tipo de causa: "por que o Ministério Público não nos ocupa com coisas importantes?".

### 3.3. Devido processo legal é garantido integralmente no TAC

A celebração de TAC por improbidade jamais ferirá a garantia do art. 5º, LIV, da Constituição da República: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Inicialmente, cumpre observar que ninguém jamais foi "privado" de seus bens por celebrar um TAC. Quando se fala em ser "privado de seus bens" sem o devido processo legal, quer-se dizer "ser *espoliado* de seus bens", "ter seus bens *compulsoriamente* retirados". Isso jamais acontece num TAC, porque, além de necessária sua aquiescência, o cidadão sempre pode negar-se a assinar o TAC e preferir ser submetido a julgamento. Nenhum TAC *priva* o cidadão de seus bens. Os TACs são *acordos*, em que *consensualmente* são definidas condições para adequação da conduta e para reparação dos danos, e a multa não é outra coisa senão a reparação de um dano coletivo.

O devido processo legal é uma garantia *do* cidadão. Se o cidadão pode doar todos os seus bens sem a aquiescência de um juiz, por que motivo o cidadão não poderia aceitar pagar uma compensação ao FRBL quando identificada uma improbidade? Se pode realizar acordo e partilhar todos os seus bens perante um tabelião, por que não pode aceitar o pagamento de multa perante o promotor?

### 3.4. Lei da Ficha Limpa e Lei de Improbidade Administrativa

O TAC na improbidade não impede a aplicação da Lei da Ficha Limpa.

Inicialmente deve-se lembrar que Lei da Ficha Limpa *não torna inelegível o réu condenado por qualquer improbidade administrativa*. A condenação à pena de multa, por exemplo, não é prevista na Lei da Ficha Limpa como causa de inelegibilidade. A previsão que hoje lá consta é a seguinte: "Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] 1) os que forem condenados à *suspensão dos direitos políticos*, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato *doloso* de improbidade administrativa que importe *lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena".

<sup>4</sup> "Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

Por isso, se apenas houver sancionamento com *multa* na ação de improbidade, mesmo que transitada em julgado, não haverá inelegibilidade nem tampouco aplicação da Lei da Ficha Limpa. E, mesmo que a sanção aplicada no acórdão seja de suspensão de direitos políticos, só terá incidência a Lei da Ficha Limpa, e via de consequência a inelegibilidade, se a conduta tiver sido *dolosa*.

### 3.5. *Proteção do patrimônio público mediante a escolha de mecanismos econômicos*

Se a ação de improbidade administrativa é uma forma de tutelar o patrimônio público, é inadmissível onerar o próprio Estado com o custo de uma ação de improbidade, quando a celebração de um TAC puder alcançar o mesmo objetivo.

Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) concluiu que o custo unitário do processo de *execução fiscal* na Justiça Federal é de R\$ 4.368,00<sup>5</sup>. Veja-se que o estudo se refere apenas à *execução fiscal*, ou seja, não se refere à consabidamente mais cara ação de improbidade, que, diferentemente da execução fiscal, tem uma fase prévia à citação, exige audiências instrutórias e permite recursos mais complexos.

Pois bem. Se uma simples execução fiscal na Justiça Federal é estimada em R\$ 4.368,00, o que dizer do custo de uma ação de improbidade, que exige petição inicial, notificação, contestação, recebimento da inicial, instrução, sentença, recursos...

Se se computar no custo da ação de improbidade o custo da execução da sentença de improbidade, certamente pode-se estimar em muito mais de R\$ 20.000,00 o custo total de sancionamento de uma pequena improbidade.

Parece justo e razoável exigir que se proponha ação de improbidade para obter o mesmo efeito que se pode obter por via do TAC, onerando o Estado com tamanho custo? Em nosso entender não. Em nosso entender, a ação do Ministério Público deve ser pautada também pela eficiência e, como se viu, o sancionamento via TAC é muito mais eficiente do que a morosa e custosa ação de improbidade.

Claro está, entretanto, que na ausência de acordo entre as partes, ainda que por baixos valores, a ação deverá ser proposta. Afinal de contas, ainda que caro, o sancionamento da improbidade é importante como forma de prevenir novos delitos (função dissuasora).

### 3.6. *Compreendendo conjuntamente a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ação Civil Pública*

Também entendemos que outro fundamento pelo qual não seja necessário explicitar o poder do Ministério Público em celebrar TAC relativamente a atos de improbidade é que a própria Lei da Ação Civil Pública já prevê genericamente esta possibilidade.

A Lei da Ação Civil Pública rege genericamente as ações de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados "a qualquer direito difuso ou coletivo". E o direito à moralidade administrativa, como é evidente, é espécie de direito difuso.

O art. 5º, §6º, garante aos legitimados à ação civil pública o poder de tomar dos responsáveis o compromisso de ajustar sua conduta "às exigências legais", mediante cominações. Ora, o que é tomar o compromisso de pagar a multa prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa se não "tomar compromisso de se ajustar às exigências legais"? O pagamento de multa para quem pratica uma improbidade administrativa não é por acaso uma *exigência legal*?

A posição que restringe o poder do Ministério Público, limitando-o apenas à possibilidade de celebrar TAC relativamente ao ressarcimento do dano, esquece que tanto um projeto de recuperação da área degradada quanto uma multa são *exigências legais*. O agente ímprobo tem como exigência legal o pagamento de multa, assim como o poluidor tempo como exigência legal a reparação integral do dano.

---

<sup>5</sup> [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103\\_comunicadoipea127.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf)

Entender que o TAC não serve para este propósito é – além de agir na contramão da história e de retirar enorme parcela de poder do Ministério Público – olhar esta nova necessidade de sancionamento ágil da improbidade com as lentes do passado, do Ministério Público demandista, agente formal da lei, e não, como hoje, do Ministério Público resolutivo, agente de mudanças sociais e talvez o mais forte defensor da sociedade.

### 3.7. Competências administrativas – sanções disciplinares, Tribunal de Contas

Há quem diga que a celebração de TAC aplicando multa por ato de improbidade administrativa configuraria indevida interferência do Ministério Público na prerrogativa da Administração Pública em aplicar sanções disciplinares ou mesmo nos poderes do Tribunal de Contas em analisar a regularidade dos atos administrativos de Estado e Municípios.

Aparentemente, esta linha de pensamento compreende o Ministério Público como órgão integrante da Administração Pública e, assim, não vê razão em um órgão (Ministério Público) sancionando administrativamente um ato que está submetido à jurisdição administrativa pelo próprio órgão ao qual está submetido o agente (Estado, municípios, autarquias).

É desnecessário relembrar aqui que o Ministério Público é órgão autônomo e independente. Não é um Poder, na acepção constitucional, embora não esteja vinculado a qualquer dos Poderes da República. Logo, para a discussão desta questão é equivocado partir da premissa de que o Ministério Público é Administração. O Ministério Público é o Ministério Público, e ponto final. É uma instituição constitucional desvinculada de qualquer dos Poderes e, portanto, entre os demais Poderes transita livremente, dentro de suas atribuições, desde que se tenha em mente suas funções previstas no art. 129 da Constituição da República.

Além disso, desconhece este argumento que as instâncias civil, penal e administrativa são sempre independentes entre si no sistema jurídico brasileiro. O inquérito *civil* público, como o próprio nome diz, trata exclusivamente da instância *civil*. Por ele se apura, portanto, um ilícito civil. Se houve ilícito *administrativo*, isso sim poderá ser objeto de apuração quer pelo Município, quer pelo Tribunal de Contas.

O que talvez cause confusão seja o nome dado a esta forma de ilícito civil. Quando se fala em improbidade *administrativa* não se está mencionando apenas um ilícito administrativo, mas sim um ilícito *civil* praticado em detrimento da administração pública. E tanto é civil este ilícito que tem sanções civis previstas na Lei nº 8.429/92.

Para se identificar a natureza de um ilícito não se observa o bem juridicamente tutelado, mas sim as sanções previstas para este ilícito. A subtração de bens de um município, por exemplo, é a um só tempo ilícito administrativo (cabe advertência, demissão, suspensão, pela via do processo administrativo disciplinar), ilícito civil (cabe multa, perda dos direitos políticos, perda da função, pela via da ação de improbidade) e ilícito penal (cabe prisão, de 2 a 12 anos, pela via da ação penal pública).

Se fosse verdadeira a tese de que o Ministério Público não pode promover os atos necessários à punição de ilícitos administrativos, por usurpar a competência do TCE ou do próprio órgão administrativo, jamais poderia promover a ação de improbidade, já que caberia somente ao TCE e somente ao Município processar administrativamente o servidor. Jamais poderia igualmente propor ação penal pública por corrupção ou peculato, já que, a vingar o entendimento, tais crimes, por ferirem interesse da administração, seriam ilícitos administrativos. E, a levar a conclusão às últimas consequências, o Ministério Público estaria despido de suas funções institucionais, justamente aquelas previstas no art. 129, já que, de uma forma ou de outra, toda improbidade administrativa é também infração disciplinar.

Parece claro, todavia, que este não é o entendimento mais adequado. As sanções administrativas – demissão, suspensão, advertência – estas sim estão dentro da esfera de competência do órgão público e jamais poderá o Ministério Público usurpá-las. Se um servidor utilizar o veículo público para fins particulares, jamais poderá o Ministério Público, via TAC, ação ou qualquer outro instrumento que seja, aplicar uma suspensão ou uma advertência, sanções cuja competência para aplicação é exclusiva da Administração.

Mas, por outro lado, sempre poderá o Ministério Público promover os atos necessários à aplicação das



sanções *civis* previstas para o fato. E, no exemplo e no caso concreto, estas sanções estão previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que confere expressamente ao Ministério Público a atribuição para propor a ação principal (Art. 17).

Logo, se os fatos comprovados no inquérito civil público configuram lesão à legalidade, está sempre o Ministério Público legitimado a promover os atos necessários a sancionar a conduta. O TCE, o Município, o Estado, a União, as autarquias, todos permanecem, é evidente, legitimados a aplicar as sanções previstas em seus estatutos: advertências, multas, suspensão, demissão, e, no caso do TCE, imputação de débito e cominação de multa. Isso tudo porque, repita-se, as instâncias civil, penal e administrativa são independentes.

Quando, portanto, o Ministério Público propõe TAC, e este TAC é aceito pelo responsável por um ilícito civil, assim o faz dentro de suas atribuições de promover a aplicação da lei *civil*, dentro de um inquérito *civil*, preparatório de ação *civil* pública.

Do mesmo modo, quando, por exemplo, empresário pratica conduta que gera poluição (um ilícito civil), o Ministério Público vê à sua frente duas opções: ou promove ação civil pública para reparação dos danos ambientais, que podem incluir o "dano moral ambiental", atualmente com características essencialmente punitivas; ou propõe TAC para a obtenção do mesmo objetivo.

Embora neste exemplo a poluição também seja ilícito administrativo – tanto é que pode gerar multas lavradas pelos órgãos ambientais – jamais se diria que o Ministério Público não pode propor a ação civil pública ou formalizar TAC porque isso configuraria usurpação das atribuições da Fatma ou do Ibama.

Os ilícitos que configuram improbidade administrativa não são ontologicamente diferentes dos ilícitos que configuram dano ambiental. São igualmente atentados contra direitos difusos (lato senso), que exigem pronta e rápida sanção, em atuação com tal eficiência que gere prevenção especial e geral, ou seja, que iniba outras condutas semelhantes. E, evidentemente, se o Ministério Público tem às suas mãos mecanismos adequados para tanto, certamente deve utilizá-los, até porque no atual estágio evolutivo da política brasileira, dificilmente a legislação dotará o Ministério Público expressamente de mecanismos para ser eficiente.

### 3.8. A doutrina e a jurisprudência – sempre elas!

Boa parte dos doutrinadores brasileiros vem realmente ampliando a vedação do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa para a fase extraprocessual, ainda que, como visto, em ponto algum o dispositivo permita tamanha extensão.

Todavia, nenhum dos autores consultados – Wallace Paiva, Marino Pazzaglini, Rodrigo Pacheco Alves – esclarece adequadamente, em nosso entender, qual a *razão*, qual o *fundamento jurídico* a permitir a celebração de TAC relativamente à reparação de danos e não permitir em relação à multa civil.

Marino Pazzaglini Filho afirma que o fundamento para proibir acordo quanto às sanções, como, por exemplo, a multa, é a *indisponibilidade* do direito tutelado<sup>6</sup>, sem maiores considerações. Ponderamos, todavia, que parece evidente que fixar a multa adequada, justamente aquela que seria aplicada na sentença, não é *dispor* dos direitos relativos à moralidade administrativa. É, ao contrário, tutelar com mais eficiência a moralidade administrativa, já que, ao exigir-se a propositura de custosa e lenta ação de improbidade, certamente o interesse não será tutelado.

Wallace Paiva Martins Júnior aparentemente tem a mesma posição, mas reconhece que “*de lege ferenda*, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa que espontaneamente denunciem o fato [...]”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo : Atlas, 2002, p. 176.

<sup>7</sup> MARTINS Jr. Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 363.

Rogério Pacheco Alves tem o mesmo entendimento, afirmando ainda que “as vantagens para a sociedade [com a solução *de lege ferenda*] são evidentes, pois a reparação do dano encontrará rápida solução, evitando-se o moroso e custoso processo”.

Não compreendemos as razões de Wallace Martins e Rogério Pacheco considerarem tratar-se de proposta contrária à lei a adoção desde já desta solução. Como salta aos olhos, o art. 17, §1º, somente veda acordos nas “ações de que trata esta lei”. Logo, não há vedação para a celebração de acordo quando ainda não há *ação* de improbidade.

Mas, pensemos bem: o que significa dizer que o interesse público é *indisponível*? Indisponível significa a qualidade daquilo que não pode ser jogado fora, que não pode ser dispensado, que não pode ser desprezado. A pergunta então muda completamente: o interesse público é desprezado quando se celebra TAC por ato de improbidade? O interesse público é, em verdade, dispensado através de um TAC que desde logo obtém uma sanção, de modo mais econômico e eficiente? Ou o interesse público é desprezado com a propositura de uma ação lenta, custosa e demorada, que alivia a carga sobre o promotor (“vou deixar para o juiz decidir”), mas sobrecarrega a sociedade com mais uma impunidade?

Juarez Freitas, coordenador dos cursos de mestrado e doutorado da PUC/RS, entende que “não parece a melhor política a de vedar transação acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa (erro cometido pelo §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92), na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso e da persuasão. **O Direito Público, em novas bases, reclama estratégias conciliatórias que não significam dispor indevidamente do interesse público, porém, ao contrário, realizá-lo de modo mais efetivo e justo.** Este tema, no entanto, será desenvolvido em estudo específico, mas impõe-se, desde logo, frisar que não é universalizável a regra que veda transação, acordo ou conciliação, notadamente esta última, que deve brotar como uma espécie de ditame preferencial do interesse público e da moralidade, jamais traduzível como uma condescendência nem com a sempre condenável leniência com os desonestos. **Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o melhor caminho para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade**”<sup>8</sup>.

É dizer, em outras palavras: celebrar TAC em improbidade pode ser, dependendo do caso, o melhor caminho para assegurar a própria indisponibilidade; processar a ação de improbidade é, ao contrário, em outro tanto de casos, o caminho para a morosidade, para a ineficiência e para o estímulo às condutas ilegais; processar, quando for possível conciliar, é enfim *dispor* o Ministério Público do interesse público, demitindo-se de suas funções constitucionais e transferindo às costas já arqueadas do Judiciário mais um pesado trabalho que não terá condições de realizar.

A posição que defendemos já foi adotada em acórdão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com parecer favorável do Ministério Público em segundo grau. A decisão considerou que a celebração de TAC, em uma **ação** de improbidade **já proposta** – mas cuja inicial ainda não tinha sido recebida – atendia ao interesse social, sendo obrigação do juízo homologá-la. O acórdão deixou claro que “o ajustamento de conduta não se confunde com transação pois esta última consubstancia concessões recíprocas, ao passo que o ajustamento como o próprio nome diz visa ao reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida”<sup>9</sup>. Da leitura do corpo do acórdão e do parecer do Ministério Público em segundo grau nota-se a tônica de equacionar efetividade e a adequada tutela dos direitos em jogo, exatamente como se sugere aqui.

<sup>8</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 206-207.

<sup>9</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Administrativo. Constitucional. Ação civil Pública cumulada com improbidade administrativa. Se ainda não instaurada a relação processual e por isso facultada a desistência, oportuna se mostra a celebração de termo de ajustamento de conduta. O referido termo não traduz concessões recíprocas, mas adequação de condutas à lei, com objetivo preponderante de atender interesses sociais relevantes. Competência do Juízo de primeiro grau. Injustificada recusa do Magistrado em homologá-lo. Homologação do termo de ajuste de conduta e conseqüente extinção do processo contra as pessoas jurídicas de direito privado, com o prosseguimento do feito contra os demais agentes políticos. (TJ/RJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09/06/2005, p. 50-53).

#### 4. Conclusões e proposta de enunciado

Um Ministério Público demandista se diferencia de um Ministério Público resolutivo basicamente pelos resultados que obtém. O demandista comemora a propositura de uma ação; o resolutivo comemora a mudança social efetiva, ou seja, o restabelecimento da legalidade, quer seja a aplicação de multas, quer seja a prisão, a perda do cargo ou outras sanções.

O Ministério Público demandista está saturado, porque saturada está a Justiça com demandas desnecessárias e inócuas. Crimes que fatalmente prescreverão, processos que mofarão nos escaninhos, sanções que, dado o tempo entre o fato e a efetivação, não alcançarão seus objetivos.

O Ministério Público resolutivo, entretanto, busca diminuir a “distância relacional”<sup>10</sup> entre a Justiça e a Sociedade. Não cede, evidentemente, a pressões populares infundadas, aquelas que justificaram linchamentos e forcas. Mas ouve atentamente o sinal dos novos tempos e se agarra ao trem da pós-modernidade, que exige celeridade, eficiência e precisão cada vez mais constantes.

Tal como o médico moderno, que não usa mais sangue-sugas para tratar “doenças do sangue”, mas sim medicamentos sintéticos e cirurgias por laser e vídeo, da mesma forma o promotor resolutivo, ou seja, o promotor moderno, não se contenta com a ação judicial para obter os resultados que lhe ordena o art. 129 da Constituição da República. Aprende, compreende e aplica os novos mecanismos, sejam eles um simples telefonema, sejam recomendações, cruzamento de dados, conferências virtuais, escutas telefônicas e telemáticas, sejam compromissos de ajustamento de condutas ou mesmo ações civis públicas. Aquilo que melhor e mais eficientemente tratar o problema e prevenir a recidiva é que deve ser utilizado.

**A tese a ser submetida ao Congresso Nacional, portanto, é a seguinte: "É lícita a celebração de compromisso de ajustamento de condutas na improbidade administrativa. Não há vedação legal pelo §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que se refere apenas às ações já em andamento (cuja inicial já tenha sido recebida) e a medida é de todo recomendável quando, numa análise antecipada das sanções que se poderiam obter na ação de improbidade, a multa ou a proibição de contratar com o poder público<sup>11</sup> se mostrarem razoáveis".**

Para as demais sanções (perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de obter benefícios creditícios ou fiscais), entendemos sempre necessária a propositura de ação judicial. A primeira delas, perda da função pública, porque se houvesse aquiescência do responsável não se trataria de “perda”, mas sim de exoneração a pedido (o que, nada veda, também poderia ser objeto de TAC). A segunda, a suspensão de direitos políticos, porque é sanção que só terá eficácia se houver sentença judicial, por conta do caráter cogente da Lei de Inelegibilidades. E, por fim, em relação à proibição de benefícios creditícios e fiscais também pela natureza específica do direito tributário e da expressa inoponibilidade de acordos privados ao Fisco.

<sup>10</sup> OLGATI, Vittorio. *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas*: um ‘engate operacional’ para uma sociologia do direito europeia. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*: implicações e perspectivas. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 81.

<sup>11</sup> Por vezes a proibição de contratar com o poder público via TAC é inclusive mais eficiente que quando obtida via sentença. As sentenças em geral não cominam multa para o caso de o agente infringir a proibição de contratar com o poder público. Os TACs, por outro lado, sequer são homologados se não houver previsão de multa. Logo, se o sujeito for proibido por *sentença* de contratar com o poder público e for identificada uma contratação, no máximo ela será desfeita; se a proibição advier de um TAC, além de anular a contratação, o agente ímprobo incidirá na multa prevista no TAC, que é um título executivo.

***O MINISTÉRIO PÚBLICO E O  
PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL  
DE USUCAPIÃO: INOVAÇÕES DO  
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015***

*MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES*

O procedimento extrajudicial de Usucapião, inovação do Código de Processo Civil de 2015, não afasta a atuação do Ministério Público, que deve ser intimado, preferencialmente de forma eletrônica, para identificação de eventual interesse social que justifique sua intervenção nesse procedimento.

## **O Ministério Público e o procedimento extrajudicial de usucapião: inovações do Código de Processo Civil de 2015**

**Marcelo de Oliveira Milagres**  
**Promotor de Justiça/MG**

### **Comissão II – Áreas cível e especializadas**

#### **1. Síntese dogmática da proposição**

O procedimento extrajudicial de usucapião, inovação do Código de Processo Civil de 2015, não afasta a atuação do Ministério Público, que deve ser intimado, preferencialmente de forma eletrônica, para identificação de eventual interesse social que justifique sua intervenção nesse procedimento.

#### **2. Fundamentação da proposição**

É de comum senso que precisamos combater a intensa litigiosidade de nossa sociedade, mediante a efetiva resolução e composição de conflitos. Nesse sentido, reconhece-se a importância da arbitragem, da conciliação, da mediação e de outros e possíveis meios de composição.

Os métodos judiciais devem coexistir com os mecanismos extrajudiciais de resolução das controvérsias. Em pleno século XXI, devemos superar a distância estrutural entre normatividade e efetividade.<sup>1</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, contamos, nessa perspectiva, com a possibilidade de arbitragem (Lei n.º 9.307/1996), com o divórcio, a separação e o inventário extrajudiciais (Lei n.º 11.441/2007) e, ainda, com o denominado usucapião administrativo (Lei n.º 11.977/2009, alterada pela Lei n.º 12.424/2011).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em sua parte geral, também destaca que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. (art. 3.º, § 3.º).

No âmbito dessa codificação de 2015, destaca-se o processamento administrativo da pretensão de usucapião.

Com efeito, o CPC/2015 manteve os procedimentos especiais de consignação em pagamento (arts. 539 a 549), de prestação de contas (arts. 550 a 553), das ações possessórias (arts. 554 a 568), da divisão e da demarcação de terras (arts. 569 a 598), do inventário e da partilha (arts. 610 a 673), dos embargos de terceiro (arts. 674 a 681), da habilitação (arts. 687 a 692), da restauração de autos (arts. 712 a 718), da ação monitória (arts. 700 a 702), da alienação judicial (art. 730), da homologação do penhor legal (arts. 703 a 706), do divórcio e da separação consensuais (arts. 731 a 734), dos testamentos e codicilos (arts. 735 a 737), da herança jacente (arts. 738 a 743), dos bens do ausente (arts. 744 e 745), das coisas vagas (art. 746), da interdição (arts. 747 a 758), da organização e da fiscalização das fundações (arts. 764 a 765). No entanto, suprimiu os procedimentos

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, p. 25.

especiais de depósito, de anulação e substituição de títulos ao portador, de nunciação de obra nova, de vendas a crédito com reserva de domínio, de especialização da hipoteca legal e, principalmente, de usucapião imobiliário.<sup>2</sup>

A supressão do procedimento especial de usucapião, evidentemente, não afasta o seu processamento judicial pelo procedimento comum (art. 318 do CPC/2015). O ponto de debate é que, no procedimento extrajudicial, consoante o art. 1071 do CPC/2015,<sup>3</sup> não se prevê a atuação do Ministério Público. Interessante notar que, segundo o art. 60 da Lei n.º 11.977/2009, também não se prevê a intervenção ministerial na conversão do título de legitimação de posse em propriedade.

Segundo a inovação, o pedido de usucapião poderá ser processado diretamente perante o cartório de registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, instruído com ata notarial atestando o tempo de posse, planta e memorial descritivo, certidões negativas da situação do imóvel, documentos que comprovem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse.

Prevê-se a interveniência dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; ciência, pessoal ou por correio, da Fazenda Pública; e ciência, por edital, de terceiros interessados.

Sobreleva notar que o § 3.º do art. 246 do CPC/2015 determina que, na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente. O art. 259, I, prevê que será publicado edital em ação de usucapião imobiliário.

Não há, porém, previsão de ciência do Ministério Público.

Essa ausência afastaria a atuação ministerial nesses procedimentos administrativos de usucapião?

A resposta é negativa.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao fundamento da necessária racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, em função da utilidade e da efetividade dessa intervenção em proveito de interesses sociais, expediu a Recomendação n.º 16, de 28 de abril de 2010, alterada pela Resolução n.º 19, de 18 de maio de 2011.

Segundo art. 5.º, inciso XI, dessa Recomendação, uma vez identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção do Ministério Público, em procedimento de usucapião de imóvel regularmente registrado, ressalvadas as hipóteses da Lei n.º 10.257/2001. As ressalvas se explicam pelas espécies de usucapião especial urbano, individual e coletivo, que têm por finalidade a realização do direito fundamental da moradia.

O simples fato de a pretensão se cingir ao usucapião, como forma de aquisição originária de direitos reais, por si só, não afasta a intervenção ou a atuação do Ministério Público. A causa pode ir muito além de interesses puramente patrimoniais.

A Constituição da República de 1988 prevê o usucapião especial urbano ou usucapião *pro moradia* (art. 183), o usucapião especial rural ou *pro labore* (art. 191) e o usucapião em favor dos quilombolas (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O Código Civil prevê, ainda, o usucapião extraordinário (art. 1238), o ordinário (art. 1242), além da novidade intitulada de usucapião familiar ou por meação (art. 1240-A).

---

<sup>2</sup> Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: GEN, 2015.

<sup>3</sup> O art. 1071 determina que o Capítulo III do Título V da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar com o acréscimo do art. art. 216-A.

No âmbito da legislação especial, tem-se o usucapião indígena (art. 33 da Lei n.º 6.001/1973), o especial coletivo (art. 10 da Lei n.º 10.257/2001) e o denominado usucapião administrativo (art. 60 da Lei n.º 11.977/2009).

Diante de todas essas modalidades, quem deve, com exclusividade, analisar se a pretensão veicula interesse que justifique, ou não, a intervenção do Ministério Público, é a própria Instituição.

Comentando o art. 944<sup>4</sup> do Código de Processo Civil de 1973, destaca Emerson Garcia<sup>5</sup> que “essa intervenção é justificável e compatível com a Constituição da República na medida em que o processo de usucapião consubstancia uma forma anômala de aquisição de propriedade, destinando-se a intervenção do Ministério Público a evitar qualquer prejuízo a todos os interessados no objeto da lide, máxime àqueles cuja identidade é ignorada e que desconhecem a própria propositura da ação, bem como em razão da influência direta da decisão a ser proferida no registro público. [...] No que concerne aos imóveis não registrados, a intervenção é necessária quer pelas razões já declinadas, quer pela possível existência de terras devolutas.”

Inclusive o art. 178 do CPC/2015 determina que 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 da República. Essa regra não pode ser excluída pela desjudicialização do procedimento de usucapião.

A inovação trazida pelo CPC/2015 deve ser analisada à luz do art. 127, *caput*, da Constituição da República. Subsistindo interesse de relevância social, independentemente da modalidade de usucapião, afigura-se imprescindível a atuação do Ministério Público. A propósito, destacam-se interesses ambientais e de urbanização como justificadores dessa atuação. Ou, até mesmo, o imóvel usucapiendo pode ser público ou estar afetado à satisfação de interesse público primário.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu nulidade manifestada pelo Ministério Público pela sua não intervenção em processo de usucapião. No caso, o MP pugnou pela ocorrência de prejuízo pela ausência de intimação.<sup>6</sup>

Mas como efetivar essa atuação, se o Código de Processo Civil não prevê a intimação ministerial?

Em tempos de crescente e de novas tecnologias, o processamento administrativo de usucapião poderia se verificar, também, de forma eletrônica.

O próprio CPC/2015, em seu art. 193, preceitua que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei. O parágrafo único estende essa possibilidade a atos notariais e de registro. Trata-se de dispositivo que se insere na dinâmica procedimental modernizadora pelas Leis 9800/1999, 11280/2006, 11314/2006 e 11419/2006.

O § 1.º do art. 246 do CPC/2015 determina que as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. Tal regra, a teor do parágrafo único do art. 270, aplica-se ao Ministério Público.

Em tempos de desmaterialização e de intensa velocidade, não se pode vislumbrar óbice intransponível à atualização e à informatização, também, dos registros públicos.

---

<sup>4</sup> Art. 944. Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

<sup>5</sup> GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 488.

<sup>6</sup> RESP 1184752/PI, Rel. Min. Felipe Salomão, j. 16/10/2014.

Em síntese, não se afasta a possibilidade inovadora de procedimento administrativo de usucapião, reconhecendo-se, porém, a necessária comunicação do Ministério Público, para identificação de eventual interesse social que justifique sua intervenção nesse procedimento. Tal comunicação pode se verificar, preferencialmente, por meio eletrônico, evitando-se maiores entraves burocráticos à efetividade da ordem jurídica.

### **3. Enunciado/Conclusão**

Nesse sentido, propõe-se o seguinte enunciado/conclusão:

Em tempos de superação da distância estrutural entre normatividade e efetividade, reconhece-se a importância do procedimento administrativo de usucapião – inovação do CPC/2015 –, resguardando-se a necessária comunicação, preferencialmente de forma eletrônica, do Ministério Público, para identificação de eventual interesse social que justifique sua intervenção nesse procedimento.

### **4. Referências bibliográficas**

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: GEN, 2015.



***REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS  
DO EQUADOR, A RESPONSABILIDADE  
AMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES  
FINANCEIRAS E A CAIXA DE  
PANDORA DOS DANOS AMBIENTAIS***

*PRISCILA DA MATA CAVALCANTE*

O presente trabalho visa, tendo como pressuposto a complexidade 2 dos fenômenos ambientais, refletir sobre a atuação do Ministério Público na responsabilização das instituições financeiras, pelo financiamento de empreendimentos ambientalmente insustentáveis, na formulação de contratos de concessão de crédito, pela ausência dos controles adequados, de auditoria ambiental e due diligence, bem como exigir das instituições ambientais de fiscalização e licenciamento a devida transparência no fornecimento das informações sobre os empreendedores.

## Reflexões sobre os Princípios do Equador, a Responsabilidade Ambiental das Instituições Financeiras e a Caixa de Pandora dos Danos Ambientais. Priscila da Mata Cavalcante<sup>1</sup>. Área: Direito Ambiental

### I. Introdução

“Fala o arauto dos deuses aí pôs e a esta mulher chamou **Pandora**, porque todos os que têm olímpia morada deram-lhe um dom, um **mal** aos homens que comem pão. E quando terminou o íngreme invencível ardil, a Epimeteu o pai enviou o ínclito Argifonte veloz mensageiro dos deuses o dom levando. Epimeteu não pensou no que Prometeu lhe dissera jamais dom do olímpio Zeus aceitar, mas que logo o devolvesse para **mal** nenhum nascer aos homens mortais. Depois de aceitar, sofrendo o **mal**, ele compreendeu. Antes vivia sobre a terra a grei dos humanos a recato dos males, dos difíceis trabalhos, das terríveis doenças que ao homem põem fim; mas a mulher, a grande tampa do jarro alcançando, dispersou-os e para os homens tramou tristes pesares. Sozinha, ali, a **Expectação** [E $\lambda$ pts] em indestrutível morada abaixo das bordas restou e para fora não voou, pois antes repôs ela a tampa no jarro, por desígnios de Zeus portá-égide, o agrega-nuvens. Mas outros **mil pesares erram entre os homens**; plena de males, a terra, pleno, o mar; doenças aos homens, de dia e de noite, vão e vêm, espontâneas, levando males aos mortais, em silêncio, pois o tramante Zeus a voz lhes tirou. Da inteligência de Zeus não há como escapar!”

(HESÍODO. *Os Trabalhos e os Dias*. Tradução: Mary de Camargo Neves Lafer. 5ª. Ed. São Paulo: Iluminuras, 2006, v. 79-105, grifou-se).

O presente trabalho visa, tendo como pressuposto a *complexidade*<sup>2</sup> dos fenômenos ambientais, refletir sobre a atuação do Ministério Público na responsabilização das instituições financeiras, pelo financiamento de empreendimentos ambientalmente insustentáveis, na formulação de contratos de concessão de crédito, pela ausência dos controles adequados, de *auditoria ambiental* e *due diligence*, bem como exigir das instituições ambientais de fiscalização e licenciamento a devida transparência no fornecimento das informações sobre os empreendedores.

A consciência<sup>3</sup> acerca do *hiato* entre o efetivo cumprimento da legislação ambiental, sanitária, de segurança e urbanística e os danos decorrentes da atuação das empresas, desperta um sentimento de *espanto*, fruto da insistência dos empreendimentos em funcionar sem licenciamento e da consequente poluição causada ao meio ambiente. A alegoria que vem à mente não poderia ser outra, o retrato da *Caixa de Pandora* na realidade ambiental brasileira.

Relata a mitologia grega que o Titã Prometeu entrou no Olimpo e furtou uma centelha de fogo para conceder aos homens, pois este elemento da natureza representava a inteligência para construir e criar *leis* regentes da vida em comunidade. Por conta disso, Zeus promete vingar-se e Hefestos molda a primeira mulher, criada de argila, cujos ventos lhe soprariam vida, nascendo Pandora, que se casa com Epimeteu e recebe de presente uma caixa (jarro), que aberta espalhou todos os *males* que circulam sobre a humanidade, restando, apenas, a *esperança*.<sup>4</sup>

Vislumbra-se uma dicotomia entre todos os *males* revelados (ausência de regular licenciamento e passivos ambientais) e a *esperança* da restauração do meio ambiente agredido, da realocação das famílias, da visibilidade das comunidades tradicionais e indígenas, da regularização das licenças, da devida compensação ambiental e, especialmente, da intervenção efetiva do Poder Judiciário em não apenas sanar o *mal* agudo, mas a *maldade* crônica, revelada por todos os episódios, historicamente retratados de danos ambientais, de empreendimentos que, ao se instalarem, abrem uma nova caixa de pandora.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> MORIN, Edgard. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina 2011, p. 5.

<sup>3</sup> “Consciente ou subconscientemente, os homens e as mulheres de nossa época são assombrados pelo *espectro da exclusão*.” (BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 53).

<sup>4</sup> “Tudo isso é como habitar um universo desenhado por Escher, onde ninguém, em lugar algum, pode apontar a diferença entre um caminho ascendente e um declive acentuado.” (BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 58).

A *polis* se desintegra diante da suposta ideia moderna<sup>5</sup> de *desenvolvimento econômico* desmedido, sem considerar a necessária sustentabilidade e a *responsabilidade* socioambiental de todo o ciclo produtivo.<sup>6</sup> As primeiras ideias sobre *desenvolvimento*, que o definiam como um aumento do fluxo de bens e serviços, deram lugar a noção de *processo de transformação de mentalidade* em que todos os agentes assumem *responsabilidades* no processo. Neste sentido, imprescindível o *empoderamento* da população e a *apropriação* do processo, através da participação ativa e eficaz. A *cooperação*, como objetivo do desenvolvimento internacional e nacional, perderia o sentido se não traduzida localmente por políticas mais solidárias e humanas.

## II. Exposição

### 1. Princípios do Equador

O *patrimônio público ambiental* encontra proteção na legislação internacional<sup>7</sup>, nacional<sup>8</sup>, bem como em normas da iniciativa privada.<sup>9</sup>

A Constituição Federal determina que todos têm o *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 (art. 225). Este dever é concretizado com o respeito aos *princípios* da cooperação internacional, desenvolvimento sustentável, função social da propriedade, informação, precaução, prevenção, poluidor e usuário-pagador, solidariedade intergeracional, exigindo-se o devido licenciamento ambiental, os estudos de impacto ambiental e o monitoramento das atividades poluidoras e impondo-se a fiscalização e a responsabilidade administrativa, cível e criminal dos infratores.

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) consagrou como um dos seus objetivos a imposição ao *poluidor* e ao *predador* da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos

<sup>5</sup> “A essência do ser moderno consiste na mudança *obsessiva e compulsiva* (modernização, progresso, desenvolvimento, aperfeiçoamento, atualização, grifou-se). Deixar de ser moderno significa deixar de modernizar-se.” (BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 19).

<sup>6</sup> “O desenvolvimento deve ser encarado como um processo contínuo, desde o *berço* das políticas econômicas e organização de recursos até o *túmulo*, nas favelas.” (BAUER, Catharine. O Desenvolvimento Econômico e Urbano. In: HERSKOVITS, M. J., WOLF Jr., Charles., BAUER, Catharine. (Org.). *Aspectos Sociais do Crescimento Econômico*. Trad. Agenor Macieira. Salvador: Universidade da Bahia, 1958, p. 116, (grifou-se). Ressalta Furtado que ainda que a acumulação seja necessária, não é suficiente no processo de desenvolvimento das forças produtivas. A acumulação para ser mais eficaz demanda uma permanente reinvenção e acesso a novas técnicas. (FURTADO, Celso. *Pequena Introdução ao Desenvolvimento*. Enfoque Interdisciplinar. 2.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1981, p. 46).

<sup>7</sup> Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972 (Declaração de Estocolmo); Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Agenda 21; Princípios para a Administração Sustentável das Florestas; Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) 1992; Convenção sobre Mudança do Clima; Resolução da Assembleia Geral da ONU: criando a Comissão de Desenvolvimento Sustentável; Decreto nº 76.623/75 - Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (1973); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto nº 5.687/2006) (Mérida); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado de 2004 (Palermo) (Decreto nº 5.015/2004); UNODC - Resolução nº 16/07 – aplicação da Convenção de Palermo para prevenção e combate ao tráfico ilícito internacional de produtos florestais, da fauna silvestre e de outros recursos biológicos das florestas; Conselho da Europa - Decisão-Marco 2008/841/JAI; Princípios do Equador; Fundo Global para o Meio Ambiente (GEF); Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP) (1991); Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1986); Painel da ONU sobre Biodiversidade (1993); Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993; Conferência sobre População e Desenvolvimento (Cairo) (1994); Convenção da ONU sobre o Combate à Desertificação (Paris) (1994); Segunda Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) (Istambul) (1996); Protocolo de Kyoto (1997); Conferência Mundial do Milênio da ONU (Nova York) (2000); Protocolo de Biossegurança de Cartagena (Canadá) (2000); Reunião ministerial da Organização Mundial do Comércio (Doha) (2001); Conferência Internacional da ONU sobre Financiamento para o Desenvolvimento (Monterrey) (2002).

<sup>8</sup> Constituição Federal (art. 5º, LXXIII, 23, I, III, IV, VI, VII, IX, XI, 24, VI, VII e VIII, 129, III, 170, VI, 186, II, 200, VIII, 220, § 3º, II e 225); Lei Federal nº 6.938/81; Decreto Federal nº 99.274/90; Lei Federal nº 9.605/98; Decreto Federal nº 6.514/08; Lei nº 9.985/2000; Lei nº 11.428/2006; Lei nº 11.284/2006; Lei nº 12.651/2012; Resolução CONAMA nº 237/97; Banco Central: Resolução nº 4.327/2014; Protocolo Verde; O BNDES implementou as *Guias Socioambientais de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário* e assinou a *Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável de 1995* (Protocolo Verde); Conselho Federal de Contabilidade (CFC) (Resolução nº 751/1993 e NBC T nº 15/2004); Lei nº 12.850/2013; Lei Complementar nº 101/00; Lei Complementar nº 131/09; Lei nº 12.527/11; Lei nº 10.650/03. No Estado do Paraná, a Lei nº 10.066/1992; Lei nº 10.247/1993; Decreto Estadual nº 1.502/1992; Instrução Normativa nº 001/2011 – IAP/GP.

causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa e dispôs que as entidades e órgãos de *financiamento* e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao *licenciamento*, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA (artigo 3º, II, III, IV, V, 4º, VII, 12, 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e artigo 143, § 2º, do Decreto nº 6.514/2008), de forma que as instituições financeiras deverão exigir dos *projetos* a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle da *degradação ambiental* e à melhoria da qualidade do meio ambiente. O Decreto nº 99.274/90 determina que as entidades governamentais de *financiamento* ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento ambiental (art. 23). A Lei nº 9.605/98 normatiza os crimes ambientais e estatui a responsabilidade da pessoa jurídica e daqueles que tendo *conhecimento* da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando poderia agir para evitá-la, prevenindo a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (art. 2º, 3º e 4º).

A Carta da Organização das Nações Unidas, em seu artigo primeiro, prevê a *cooperação econômica internacional*, que tem como objetivo o *desenvolvimento* e bem-estar das nações, o que culminou com um planejamento de assistência internacional técnica e financeira, integrado pelas Instituições Financeiras Internacionais (Bretton Woods), sobretudo o *Banco Mundial* e o *Fundo Monetário Internacional*, que deveriam unir esforços para colaborar com o *desenvolvimento* das nações. Neste processo, delineou-se a definição de *Desenvolvimento Sustentável*, no relatório Brundtland “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD, 1987)<sup>10</sup>, posteriormente aperfeiçoado com a Conferência do RIO-92. O aspecto ambiental, assim, deveria ser considerado nos projetos financiados pelas Instituições de Bretton Woods, o que originou, posteriormente, em 2002, no seio da *International Finance Corporation* (IFC), os *Princípios do Equador*<sup>11</sup>, como critérios mínimos para a concessão de crédito, com objetivo de promover a sustentabilidade e o equilíbrio socioambiental dos contratos financeiros.<sup>12</sup>

Os Princípios<sup>13</sup> do Equador são um importante mecanismo de autorregulação aplicável ao sistema financeiro e uma ferramenta para identificação, avaliação e gestão dos riscos sociais e ambientais na concessão de crédito de grandes projetos de desenvolvimento. O sistema financeiro, assim, atua

<sup>9</sup> ISO 26000; IBGC: Código de Melhores Práticas; Bovespa: Segmentos especiais de listagem da BM&F/BOVESPA – Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1 e Índices de Sustentabilidade: Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) e Índice Carbono Eficiente (ICO2).

<sup>10</sup> O relatório Brundtland preconiza “o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais”.

<sup>11</sup> Princípios do Equador. Disponível em: <[http://www.equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_portuguese\\_2013.pdf](http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese_2013.pdf)>. Acesso em: 29.12.2014. Bancos filiados: Disponível em: <<http://www.equator-principles.com/index.php/members-reporting>>. Acesso em: 29.12.2014.

<sup>12</sup> Segundo a GRI (*Global Reporting Initiative*), as três dimensões do desenvolvimento compreendem: (i) a *sustentabilidade econômica*, ligada aos impactos econômicos causados pelas atividades das empresas nas diversas partes interessadas e nos sistemas econômicos; (ii) *social*, relacionada ao impacto da organização no meio social onde está inserida, podendo assumir abrangência local, nacional ou global e (iii) *ambiental*, concernente aos impactos nos sistemas naturais. (MARQUES, Vânia de Lourdes Marques; HACON, Sandra e VINHA, Valéria. Os princípios do equador e o sistema financeiro – ferramentas para a gestão socioambiental brasileira. Artigo apresentado no VIII ENGEMA, Rio de Janeiro, 2005.) GRI é uma organização não governamental independente, que auxilia negócios, governos e outras entidades a entender e comunicar o impactos negócios na sustentabilidade crítica, em assuntos como mudança climática, direitos humanos, corrupção e outros. No Brasil, os patrocinadores são: Credit 360, Banco do Brasil, Itaú Unibanco, Bradesco, Itaipu Binacional, CNSEG e KPMG, hospedados pelo IBCG, tendo como foco a sustentabilidade dos negócios para economias sustentáveis. Disponível em: <<https://www.globalreporting.org/network/regional-networks/gri-focal-points/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 06.08.2015.

<sup>13</sup> Em síntese, o documento alberga os seguintes princípios: Princípio 1 (Análise e Categorização); Princípio 2 (Avaliação Socioambiental); Princípio 3 (Padrões Socioambientais Aplicáveis); Princípio 4 (Sistema de Gestão Ambiental e Social e Plano de Ação dos Princípios do Equador); Princípio 5 (Engajamento de Partes Interessadas); Princípio 6 (Mecanismo de Reclamação); Princípio 7 (Análise Independente Project Finance); Princípio 8 (Obrigações Contratuais); Princípio 9 (Monitoramento Independente e Divulgação de Informações); Princípio 10 (Divulgação de Informações e Transparência).

como um indutor de boas práticas de gestão socioambiental. Possuem adesão voluntária de oitenta instituições participantes, dentre elas, os bancos brasileiros Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco. Constituem um conjunto de dez princípios a serem aplicados no financiamento de projetos de investimento de valor igual ou superior a US\$10 milhões, atendendo a critérios econômico-financeiros e parâmetros de viabilidade socioambiental. Os projetos são *identificados* (empresa e empreendimento), *classificados* em três categorias (A, B e C), dependendo do tipo, localização, nível de sensibilidade, escala e magnitude dos potenciais impactos negativos que possam causar, sob os aspectos social e ambiental, *avaliados*, conforme a espécie (CNAE) e o impacto ambiental, a gestão dos riscos, o cumprimento das leis e a situação do imóvel e verificados quanto à necessidade de contratar consultores independentes e de esboçar um Plano de Ação Ambiental, com medidas de mitigação e/ou compensação ambiental.

As instituições financeiras internacionais e nacionais precisam exigir o cumprimento dos **Princípios do Equador**<sup>14</sup> e, por consequência, das normas ambientais, pois não possuem uma *faculdade*, mas sim uma *obrigação internacional* de, ao realizar empréstimos, levar em consideração fatores não econômicos, porquanto um progresso efetivo depende de uma ampla coalizão entre os indivíduos, grupos da sociedade civil, organizações não governamentais, governos, agências de desenvolvimento e organizações internacionais. Em síntese, a disponibilização de recursos para o financiamento dos investimentos precisa estar atrelada ao respeito à legislação ambiental e à consideração de todos os *stakeholders* envolvidos no processo.

No Brasil, o **Protocolo Verde** é um protocolo de intenções pela responsabilidade socioambiental, firmado, em 1995 e atualizado em 2008, entre o Ministério do Meio Ambiente e bancos oficiais, (Banco do Brasil, Banco do Nordeste, Banco da Amazônia, BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco Central do Brasil) que visam empreender iniciativas cujo objetivo é promover o desenvolvimento sustentável. Além disso, o Banco Central editou a Resolução nº 4.327/2014, que dispõe sobre as diretrizes da Política de Responsabilidade Socioambiental para instituições financeiras e demais organizações autorizadas a funcionar pela autoridade monetária, reproduzindo critérios dos Princípios do Equador e do Protocolo Verde (PNUMA)<sup>15</sup>. Editou ainda a Resolução nº 3792/2009, que trata dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar e a observância dos princípios de responsabilidade socioambiental na política de investimento (art. 16, § 3º, VIII).

O Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, desde 2003, são signatários do **Pacto Global**, cujo objetivo é encorajar o alinhamento das políticas e práticas empresariais com valores e objetivos da Declaração Universal de Direitos Humanos (direitos humanos), Declaração da OIT (trabalho), Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (meio ambiente) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (corrupção), com diversos compromissos sobre os direitos humanos.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Observa-se que tanto a *hard law* quanto a *soft law* relativas aos direitos humanos são progressivamente consideradas pelas corporações transnacionais, especialmente pelo ganho competitivo nos negócios em países mais exigentes, pela pressão das organizações não governamentais e da sociedade civil e pela adoção de normas governamentais com base nos princípios e acordos internacionais. Alguns exemplos de *soft law* que incorporam princípios de direitos humanos: (i) Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos; (ii) Isso 26000 – Diretrizes em Responsabilidade Social; (iii) Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais; (iv) Padrões de Desempenho sobre Sustentabilidade Socioambiental da IFC.

<sup>15</sup> O Protocolo Verde é um protocolo de intenções, celebrado por instituições financeiras públicas brasileiras e pelo Ministério do Meio Ambiente em 1995 e revisado em 2008, cujo objetivo é definir políticas e práticas bancárias exemplares em termos de responsabilidade socioambiental e em harmonia com o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/ProtocoloVerde.pdf>>. Acesso em 02.01.15.

<sup>16</sup> São signatários também o Banco do Nordeste do Brasil S/A, Sicoob Cascavel, Banco Industrial e Comercial S/A, Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE. Disponível em:

<[https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants/search?utf8=%E2%9C%93&search%5Bkeywords%5D=&search%5Bcountries%5D%5B%5D=24&search%5Bsectors%5D%5B%5D=16&search%5Bper\\_page%5D=50&search%5Bsort\\_field%5D=&search%5Bsort\\_direction%5D=asc](https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants/search?utf8=%E2%9C%93&search%5Bkeywords%5D=&search%5Bcountries%5D%5B%5D=24&search%5Bsectors%5D%5B%5D=16&search%5Bper_page%5D=50&search%5Bsort_field%5D=&search%5Bsort_direction%5D=asc)>. Acesso em: 05.08.2015.

A **Declaração de Collevocchio**, subscrita por mais de 200 organizações da sociedade civil, prevê que as instituições financeiras devam assumir total responsabilidade pelos impactos ambientais e sociais dos seus negócios e arcar integral e justamente com a parcela dos riscos que aceitam e criam. Dispõe que as instituições financeiras devem comprometer-se a não causar dano, bem como a prevenir e minimizar os impactos negativos sociais e/ou ambientais associados a suas carteiras de ativos e aos seus negócios, devendo também criar políticas, procedimentos e padrões baseados no *princípio da precaução*, além de melhorar as condições sociais e ambientais onde seus clientes operam e evitar a participação em negócios que ameçam a sustentabilidade.

O **Conselho Federal de Contabilidade (CFC)** também adotou critérios para o exercício contábil dos passivos e ativos socioambientais das pessoas jurídicas empresariais (Resolução nº 751/1993 e NBC T nº 15/2004), criando uma contabilidade ambiental e, por consequência, contribuindo com a melhor responsabilização da empresa pelos passivos ambientais.

Portanto, com base no arcabouço legal supra referido, as instituições financeiras respondem solidária, administrativa e judicialmente, no caso de danos socioambientais decorrentes de projetos que financiam (CF, art. 225, § 3º; Lei nº 6.938/81, art. 14, §1º; CC, art. 283 e 942).<sup>17</sup>

## 2. Auditoria e Due Diligence Ambiental

As instituições financeiras<sup>18</sup> compõem o *sistema financeiro nacional*, estruturado de forma a promover o *desenvolvimento equilibrado* do país e a servir aos interesses da *coletividade* (CF, art. 192).

A análise da responsabilidade ambiental, portanto, precisa observar todo o ciclo do empreendimento, desde a captação de recursos no mercado financeiro até a efetiva operação. No seio da *auditoria ambiental*, a instituição financeira deve examinar a gestão dos riscos, **(i)** os controles internos<sup>19</sup> e **(ii)** as boas práticas de governança da cadeia produtiva do empreendimento. No seio da cadeia produtiva, pode induzir a implementação de *boas práticas de governança corporativa*, sobretudo com a realização de melhores controles, tecnologia e transparência. Neste sentido, as empresas de capital aberto devem informar a Comissão

<sup>17</sup> “Trata-se de um regime de responsabilização objetivo, segundo o qual, todo aquele que desenvolve uma atividade passível de gerar riscos para a saúde, para o meio ambiente ou para a incolumidade de terceiros, deverá responder pelo risco, não havendo necessidade de a vítima do dano ou dos legitimados para a propositura da ação civil pública provar culpa ou dolo do agente.” (MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 145-146).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ARTS. 3º, INC. IV, E 14, § 1º, DA LEI 6.398/1981 – IRRETROATIVIDADE DA LEI – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 282/STF – PRESCRIÇÃO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284/STF – INADMISSIBILIDADE. 1. A responsabilidade por danos ambientais é *objetiva* e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade. (STJ - REsp 1056540/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009).

<sup>18</sup> Considera-se *instituição financeira*, para efeito da Lei nº 7.492/1986, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de *recursos financeiros* de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários; a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros e a pessoa natural que exerça quaisquer destas atividades, ainda que de forma eventual (art. 1º).

<sup>19</sup> Como *controles internos* são objeto de avaliação: as autorizações, certidões, licenças e alvarás, referentes ao licenciamento ambiental, sanitário, de segurança e urbanístico; ciência e anuência das Unidades de Conservação; os autos de infração ambiental, notificações e embargos dos órgãos ambientais, DNP, Ministério da Agricultura/ADAPAR, ANVISA/Vigilância Sanitária, ANTAQ, Autoridade Portuária, Corpo de Bombeiros, Prefeitura Municipal; os boletins de ocorrência e inquéritos policiais; os procedimentos administrativos do Ministério Público; ações cíveis, de improbidade e criminais; desmatamento, reflorestamento e recuperação de área degradada; intervenção em Mata Atlântica, área de preservação permanente e reserva legal; DOF e origem da madeira; imóvel contaminado; outorga de recursos hídricos; anuência da concessionária de saneamento básico; construção de ETE; alterações visuais; impacto na mobilidade, transporte e tráfego; Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (transportadora e aterro licenciados), Plano de Controle Ambiental; monitoramento da qualidade do ar (poeira e gases) e da água (superficial e subterrânea); gestão de efluentes líquidos e emissões atmosféricas; contaminação do Solo; Plano de Contingência; Plano de Controle de Ruído; Plano de Emergência; Plano de Manejo de Fauna (terrestre e aquática); segurança e saúde do trabalhador; Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança; estudos das comunidades tradicionais e indígenas;

de Valores Imobiliários os *atos relevantes* que possam impactar na decisão dos investidores e adotar práticas adequadas de *contabilidade* social e ambiental Instrução CVM nº 358/2002<sup>20</sup> e Ofício-circular/CVM/SEP/Nº 02/2015)<sup>21</sup>, observando-se eventual sucessão societária, transformação, incorporação, fusão ou cisão (Lei nº 6.404/76). A *due diligence* é um processo contínuo proativo e reativo, que considera os direitos humanos, os passivos ambientais, os investimentos para monitoramento e adequação (condicionantes do licenciamento, autos de infração, termos de ajustamento de conduta, multas, processos e condenações judiciais) e os fatores que podem restringir o negócio e ampliações futuras (poluição, captação de recursos hídricos, tratamento de efluentes, relação com a comunidade e associações civis comunitárias e ambientais, processos judiciais não encerrados).<sup>22</sup> Desta forma, não basta uma *certidão negativa* do órgão ambiental licenciador, devendo-se exigir cópia dos autos de infração ambiental e dos procedimentos de licenciamento ambiental, observando-se além do pagamento da multa, a celebração e cumprimento de termo de ajustamento de conduta, elaboração e conclusão de Plano de Recuperação de Área Degradada, a reparação efetiva do dano e a regularidade do licenciamento ambiental, evitando-se o risco de fraude e de investimentos temerários.

Portanto, as instituições financeiras devem incorporar, na concessão de crédito para projetos e imobiliários, uma gestão ambiental responsável, com respaldo na legislação ambiental e na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15, que estatui os atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira. Neste sentido, estimula-se as empresas a implementar instrumentos de governança corporativa e sustentabilidade.

Em última instância, a governança empresarial pode impactar na captação de recursos no mercado financeiro, conforme a tabela abaixo:

	Ibovespa	Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada - IGCX	Índice de Sustentabilidade Empresarial - ISE	Índice Carbono Eficiente - ICO2
2010	1,0	43,7	5,8	-
2011	-18,1	-0,7	-3,3	1,3
2012	7,4	2,1	20,5	3,8
2013	-15,5	8,0	1,9	5,7
2014	-2,9	0,1	-1,9	1,4
2015	6,2	3,1	1,9	6,8
<b>Média</b>	<b>- 3,65%</b>	<b>9,38%</b>	<b>4,15%</b>	<b>3,8%</b>

Fonte: Taxa Média de Crescimento – Bovespa

estudos sociais de ocupações irregulares e regularização fundiária; normas de uso e ocupação do solo; Plano Diretor, ZEE e Zoneamento Climático; áreas de manancial; saneamento básico e abastecimento; trabalho escravo; biodiversidade.

<sup>20</sup> Neste diapasão, a Instrução CVM nº 358/2002 dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta e estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Considera como *fato relevante* qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa *influir* de modo ponderável, na cotação dos valores mobiliários e na decisão dos investidores sobre os valores mobiliários e o exercício dos seus direitos, como, por exemplo, a renegociação de dívidas, o lucro ou prejuízo da companhia, a celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público, a aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação, o início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço, impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de *ação judicial* que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

<sup>21</sup> No ofício-circular/CVM/SEP/Nº 02/2015 acerca das orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelas companhias abertas, estrangeiras e incentivadas, um dos itens trata da divulgação de informações sobre relações de longo prazo relevantes do emissor, como acordos mantidos com instâncias governamentais nacionais e estrangeiras ou com comunidades, políticas de *responsabilidade socioambiental*, informações sobre práticas de *sustentabilidade* (tais como indicadores relacionados a acidentes de trabalho, uso de energia e água, emissão de gases de efeito estufa e destinação de resíduos), patrocínios e incentivos culturais adotados pelo emissor, principais projetos desenvolvidos nessas áreas ou nos quais participe; relatório de *sustentabilidade* ou documento similar (relatório integrado, relatório anual com informações sociais e ambientais, balanço social, relatório de responsabilidade social etc.) e a indicação do endereço eletrônico na rede mundial de computadores onde pode ser consultado.

<sup>22</sup> SILVA, Carlos Alberto Silva. Auditoria ambiental e due diligence ambiental. 13º Congresso Brasileiro de Mineração. Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00000565.pdf>. Acesso em: 05.08.2015.



Conforme observado na tabela acima, a governança corporativa e os fatores ambientais são considerados nas decisões dos investidores e, portanto, devem ser divulgados, consoante o seu impacto, como *fato relevante*. Isto significa que as recomendações e ações propostas pelo Ministério Público, que interfiram na implantação do projeto e possam causar impacto na situação financeira da empresa podem ter relevância significativa e divulgação necessária.

Em pesquisa realizada pela empresa Deloitte, verificou-se que as principais barreiras para a adequada implementação de um *programa anticorrupção* são: **(i)** Externas: **(a)** cultura do país, **(b)** burocracia pública e **(c)** *postura dos fiscais governamentais* e **(ii)** Internas: **(a)** forma de fazer negócios, **(b)** segmento de atuação suscetível à corrupção e **(c)** estrutura da empresa. Indicou ainda como principais formas de *corrupção* no setor: **(i)** pagamentos indiretos (pagamentos a agentes, representantes, intermediários, ou outros terceiros contratados); **(ii)** presentes, brindes, hospitalidade, entretenimento e viagens inapropriadas e **(iii)** *facilitação de licenças*.<sup>23</sup>

Neste contexto, destaca-se a importância da *due diligence* ambiental no cenário corporativo, de forma que as instituições financeiras podem atuar como um filtro inicial na adequação da empresa à legislação ambiental e anticorrupção, detectando a existência de passivos ambientais atuais e potenciais e fatores que possam impactar o projeto a ser executado e o seu valor de mercado. Este mecanismo *protege os stakeholders* envolvidos, direta ou indiretamente impactados com o empreendimento (financiadores, clientes, comunidades, associações civis, imprensa), *identifica* os passivos ambientais do empreendedor e do imóvel, *verifica* as normas e o atendimento a não conformidades, *calcula* seus riscos, *monitora* e mitiga seus danos e *assegura* a transparência do procedimento de concessão de crédito e licenciamento ambiental. Em suma, desenvolve uma metodologia padronizada e eficaz a ser aplicada em projetos semelhantes.

A *due diligence* ambiental, portanto, agrega a análise de fatores de segurança, jurídicos, técnicos, sanitários, urbanístico, econômicos, financeiros e antropológicos, demonstrando-se a interdisciplinaridade e a *complexidade* da auditoria ambiental e a importância da implementação de políticas socioambientais que detectem fatores de risco, estipulem a observância da governança corporativa e da responsabilidade socioambiental, na prevenção, fiscalização e monitoramento dos danos e controle das fraudes nos procedimentos ambientais, pois a responsabilidade ambiental da instituição financeira, cujo objetivo é a promoção do *desenvolvimento equilibrado* do país e a servir aos interesses da *coletividade*, é objetiva<sup>24</sup> e solidária (art. 14, §1º da Lei 6.938/81) (risco integral), verificando-se a existência do dano ambiental e do nexo de causalidade com o ato (ação ou omissão), pois ao financiar atividades ambientalmente poluidoras e devastadoras, a instituição financeira cooperara com o dano e/ou com seu impedimento.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> DELOITTE. Lei Anticorrupção Um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa <<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/LeiAnticorruptcao.pdf>>. Acesso em: 05.08.2015

<sup>24</sup> Neste sentido: Paulo Affonso Leme Machado, Marcos Paulo de Souza Miranda, José Rubens Morato Leite, Édis Milaré, Marcos Destefenni, Annelise Monteiro Steigleder (Teoria do Risco Criado) e Álvaro Luiz Valery Mirra. (RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 253).

<sup>25</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 822.764 - MG (2006/0203800-2) - RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO. AGRAVANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS/AGRAVADO: BRIGITTE BARRETO E OUTROS/INTERES: FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE FEAM. INTERES: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS IBAMA. INTERES: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. INTERES: INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS - IGAM. INTERES: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL DNPM. INTERES. : COMPANHIA MINEIRA DE METAIS CMM. DECISÃO. PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTADO DE MINAS. GERAIS. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAR. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=bn-des+e+responsabilidade+e+objetiva+e+ambiental+e+dano&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 05.08.2015). TRF 1ª. Região - Numeração Única: 0042027-62.2002.4.01.0000. AG 2002.01.00.036329-1/MG; AGRAVO DE INSTRUMENTO. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 05.08.2015. Em sentido contrário, a jurisprudência: "Processual Civil. Obra Pública. Dano Ambiental. CEF. Financiamento. Ilegitimidade de Parte. I - Na qualidade de mera financiadora de obra pública, não sendo responsável pela sua construção e tampouco pelo projeto, a Caixa Econômica Federal não



Embora não haja uma jurisprudência consolidada acerca da responsabilização das instituições financeiras por danos ambientais, alguns precedentes merecem atenção. O Tribunal de Contas de Sergipe, em decisão do Pleno, determinou que o Banese (Banco do Estado) adotasse uma política socioambiental regulamentada e um sistema de gestão ambiental, sob pena de aplicação de multa diária de R\$500 a R\$50mil (Processo TC nº 1403/2012).<sup>26</sup> O Ministério Público Federal, em Volta Redonda/RJ, expediu **recomendação** ao BNDES, com escopo de realizar auditoria em empréstimos concedidos à Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), para verificar se a empresa possuía licença ambiental e se atendia à legislação socioambiental.<sup>27</sup> O Ministério Público Federal do Mato Grosso do Sul expediu **recomendação** ao BNDES (Recomendação nº 09/2010) para que não concedesse financiamento público agrícola nas áreas reconhecidas como de ocupação tradicional indígena, identificada em regular processo administrativo instaurado no âmbito da FUNAI e que a concessão de financiamento público agrícola fosse condicionada ao georreferenciamento da área a ser financiada. O Ministério Público Estadual do Mato Grosso ingressou com **ação civil pública** em face do Banco do Brasil, cuja sentença condenou a instituição a exigir a comprovação, pelos proprietários de imóveis rurais a averbação da reserva legal ambiental, como condicionante para repactuação e securitização dos empréstimos e financiamentos rurais. O TJMT, contudo, julgou improcedente a ação (Apelação Cível nº 25.408). Em **ação ordinária**, em Minas Gerais, o autor requereu indenização por danos ambientais em propriedade privada em face do estado de Minas Gerais, FEAM, IGAM, CMM, IBAMA, DNPM e BNDES. A Justiça Federal determinou a exclusão de todos os réus do polo passivo, com exceção da empresa CMM e remessa dos autos para Justiça Estadual, o que ensejou o agravo de instrumento nº 2002.01.00.036329-1/TRF 1ª. Região, provido, com base na responsabilidade civil por dano ambiental, mantendo-se todos os legitimados, inclusive o BNDES. O Ministério Público Federal do Pará ajuizou duas **ações civis públicas**, contra o Banco do Brasil e o Banco da Amazônia, tendo o INCRA como litisconsorte, cujo objeto cingia-se a irregularidades na concessão de crédito rural por estas instituições que contribuíram para o desmatamento ilegal da Amazônia.<sup>28</sup> O Ministério Público Federal ingressou diversas ações referentes à Usina Hidrelétrica de Belo Monte, dentre elas a ACP nº 968-19.2011.4.01.3900, contra a NESSA, IBAMA e BNDES, para suspender a eficácia da Licença de Instalação nº. 770/2011 e da Autorização de Supressão de Vegetação nº. 501/2011.

### III. Conclusão objetiva com os fundamentos jurídicos que a embasam

Em sede de conclusão, sugere-se uma atuação coordenada do Ministério Público para exigir o cumprimento, pelas instituições financeiras, da legislação ambiental nacional e internacional, inicialmente expedindo-se recomendações administrativas e, caso não acatadas, o ingresso, conforme o caso, com ações civis públicas:

1. Exigir das *instituições de fiscalização e licenciamento* (SISNAMA) a disponibilização, no Portal da Transparência, preferencialmente georreferenciadas, de informações sobre (i) autos de infração ambiental, pagamento e desconto de multas, inscrição na dívida ativa, protesto fiscal e

---

pode ser responsabilizada por eventuais danos ambientais decorrentes de sua realização. II – Ilegitimidade de parte que se reconhece. III – Competência da Justiça Federal afastada. IV – Agravo de instrumento a que se nega provimento” (TRF 1ª região. AI 1997.01.00.064333-4, julgamento em 07/11/2000) e TRF 1ª região. AI 1997.01.00.064333-4, julgamento em 07/11/2000.

<sup>26</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DE SERGIPE. Processo TC nº 1403/2012. <Disponível em: <<http://tce-se.jusbrasil.com.br/noticias/100517331/decisao-inedita-do-tce-determina-que-o-banese-adote-medidas-socioambientais-tribunal-de-contas-do-estado-de-sergipe-tce>>. Acesso em: 03.08.2015.

<sup>27</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF recomenda ao BNDES que audite a política de responsabilidade socioambiental em empréstimos junto à CSN*. Disponível em: <[http://www.abrampa.org.br/namidia\\_listar.php?idNoticia=7051](http://www.abrampa.org.br/namidia_listar.php?idNoticia=7051)>. Acesso em: 03.08.2015.

execução judicial; **(ii)** imóveis autuados e embargados, por medida administrativa ou judicial; **(iii)** procedimentos de licenciamento ambiental e respectivos estudos; **(iv)** lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta e comprovação de seu cumprimento; **(v)** protocolo, aprovação e cumprimento de Plano de Recuperação de Área Degradada; **(vi)** recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões; **(vii)** termos de referência, apresentação de estudos de impacto ambiental, sua aprovação ou rejeição e atas das audiências públicas; **(viii)** Cadastro Ambiental Rural; **(ix)** indicadores ambientais, como monitoramento da qualidade do ar, da água (superficial e subterrânea), do solo, saneamento básico, disposição dos resíduos sólidos, áreas de preservação permanente e estágios sucessionais da vegetação da Mata Atlântica; **(x)** Unidades de Conservação, com a indicação da situação de Regularização Fundiária e Planos de Manejo (Lei nº 10.650/2003 e Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação);

2. Demandar, como pedido, nas ações judiciais ambientais, **(i)** o registro da ação na matrícula do imóvel (artigo 167, I, item 21, da Lei nº 6.015/1973); **(ii)** informações sobre o contrato de concessão de crédito, a metodologia e a fonte do financiamento e a obtenção dos recursos para a realização do projeto, obras e serviços (Princípios do Equador, Protocolo Verde, Guias Socioambientais do BNDES, Pacto Global da ONU); **(iii)** a comunicação da existência da ação e da condenação judicial como *fato relevante*, de acordo com as circunstâncias (Instrução CVM nº 358/2002 e Ofício-circular/CVM/SEP/Nº 02/2015); **(iv)** a comunicação da existência da ação e condenação judicial à BMF Bovespa, de acordo com as circunstâncias, especialmente das companhias abertas listadas em seguimentos especiais e relacionadas ao Índice de Ações com Governança Corporativa, Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, Índice Carbono Eficiente - ICO2;

3. Exigir das *instituições financeiras* que, prioritariamente à concessão de financiamento (*project finance* ou crédito imobiliário), promova *auditoria ambiental* e *due diligence*, com a realização de pesquisa do histórico de infrações ambientais, procedimentos de licenciamento ambiental e CAR, boletins de ocorrência, inquéritos policiais, procedimentos junto ao Ministério Público e ações judiciais referentes ao imóvel, ao empreendimento e ao empreendedor;

4. Promover a responsabilização solidária das *instituições financeiras* no financiamento de empreendimentos ambientalmente insustentáveis, pela ausência de auditoria ambiental e *due diligence*, pela desconsideração dos requisitos legais no procedimento de licenciamento ambiental, inclusive a metodologia de compensação ambiental e pela ausência de validação das informações sobre monitoramento e controle ambiental, contidos nos estudos e relatórios ambientais (artigo 3º, II, III, IV, V, 4º, VII, 12, 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e artigo 143, § 2º, do Decreto nº 6.514/2008);

5. Recomendar, nos procedimentos de licenciamento, estudos ambientais, planos de desenvolvimento e zoneamento, a consideração dos *efeitos sinérgicos* dos impactos ambientais dos empreendimentos em uma mesma região e bacia hidrográfica, utilizando-se mecanismos como *avaliação ambiental estratégica* e *avaliação ambiental integrada*, inclusive na metodologia de compensação ambiental;

6. Estimular a formatação de uma *plataforma tecnológica* padronizada e integrada entre as instituições de fiscalização e licenciamento ambiental, em âmbito federal, estadual e municipal e a formação de um banco de dados, que contenha as informações georreferenciadas e atualizadas, sobre autos de infração ambiental; imóveis autuados; termos de compromisso de ajustamento de conduta; Planos de Recuperação de Área Degradada; termos de referência, apresentação de estudos de impacto ambiental e sua

---

<sup>28</sup> VASCONCELOS, Adriana Paiva. Responsabilidade civil dos bancos por danos ambientais em projetos financiados. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791 51

aprovação ou rejeição; Cadastro Ambiental Rural; indicadores ambientais; Unidades de Conservação; terras indígenas e comunidades tradicionais, sítios arqueológicos, reconhecidos pelo IPHAN;

8. Estimular a formatação de uma *plataforma tecnológica* padronizada e integrada entre as Universidades, com possibilidade de mecanismos de buscas de dados comuns, para possibilitar a melhor integração dos dados produzidos e a sua utilização nos procedimentos de licenciamento ambiental, inclusive para considerar os *impactos sinérgicos e regionais* dos empreendimentos, por intermédio da celebração de acordos de cooperação técnica para compartilhamento de informações com as universidades;

9. Estimular a formatação de uma *plataforma tecnológica* padronizada e integrada de análise ambiental, especialmente com a integração de dados dos autos de infração, licenciamentos e estudos ambientais, das instituições públicas e privadas, com a criação de uma metodologia comum de categorização dos projetos e compensação ambiental, especialmente visando ações de conservação e preservação ambiental;

10. Neste contexto, o Ministério Público se fortalece como instituição vocacionada para a *promoção* da cidadania e da proteção ambiental, por intermédio da *fiscalização* das ações governamentais e das instituições financeiras, *atuando* em todos os estágios do *ciclo de vida* do empreendimento, inclusive em seu financiamento.

#### IV. Referências Bibliográficas

- BAUER, Chatarine. O Desenvolvimento Econômico e Urbano. In: HERSKOVITS, M. J., WOLF Jr., Charles., BAUER, Catharine. (Org.). *Aspectos Sociais do Crescimento Econômico*. Trad. Agenor Macieira. Salvador: Universidade da Bahia, 1958.
- BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- DELOITTE. *Lei Anticorrupção Um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa*. Disponível em: <<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/LeiAnticorruptcao.pdf>>. Acesso em: 05.08.2015.
- FURTADO, Celso. *Pequena Introdução ao Desenvolvimento*. Enfoque Interdisciplinar. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1981.
- HESIODO. *Os Trabalhos e os Dias*. Tradução: Mary de Camargo Neves Lafer. 5ª. Ed. São Paulo: Iluminuras, 2006. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/2012/04/Os-trabalhos-e-os-dias-Hes%C3%ADodo.pdf>>. Acesso em: 05.08.2015.
- MARQUES, Vânia de Lourdes Marques; HACON, Sandra e VINHA, Valéria. Os princípios do equador e o sistema financeiro – ferramentas para a gestão socioambiental brasileira. In: VIII ENGEMA, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/gema/pdfs/Artigo\\_Os\\_principios\\_do\\_Ecuador\\_e\\_o\\_Sistema\\_Financeiro-Ferramentas\\_para\\_a\\_Gestao\\_Socioambiental\\_Brasileira\\_VII\\_ENGEMA.pdf](http://www.ie.ufrj.br/gema/pdfs/Artigo_Os_principios_do_Ecuador_e_o_Sistema_Financeiro-Ferramentas_para_a_Gestao_Socioambiental_Brasileira_VII_ENGEMA.pdf)>. Acesso em: 05.08.2015
- MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF recomenda ao BNDES que audite a política de responsabilidade socioambiental em empréstimos junto à CSN*. Disponível em: <[http://www.abrampa.org.br/namidia\\_listar.php?idNoticia=7051](http://www.abrampa.org.br/namidia_listar.php?idNoticia=7051)>. Acesso em: 03.08.2015.
- MORIN, Edgard. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina 2011.
- RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Carlos Alberto Silva. Auditoria ambiental e due diligence ambiental. 13º Congresso Brasileiro de Mineração. Disponível em: <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00000565.pdf>>. Acesso em: 05.08.2015.
- VASCONCELOS, Adriana Paiva. Responsabilidade civil dos bancos por danos ambientais em projetos financiados. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 05.08.2015.

**DA FORMAÇÃO DE CARTEL  
MEDIANTE A APROVAÇÃO DE LEIS  
QUE LIMITAM A CONCORRÊNCIA.  
ANÁLISE A PARTIR DO  
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO  
N.0800.024.581/94-77**

*ENÉIAS XAVIER GOMES*

É possível a cartelização através do legislador (aprovação de Leis Inconstitucionais), cabendo ao Ministério Público reprimi-la com os instrumentos cabíveis, em especial, através de Ações Penais e Cíveis Públicas.

DA FORMAÇÃO DE CARTEL MEDIANTE A APROVAÇÃO DE LEIS QUE  
LIMITAM A CONCORRÊNCIA. ANÁLISE A PARTIR DO PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO N.0800.024.581/94-77

Enéias Xavier Gomes<sup>1</sup>

RESUMO: O artigo trata da cartelização através da aprovação de leis que limitam a concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Cartelização; Lei; Concorrência.

ABSTRACT: The article deals with the cartel by adopting laws that limit competition.

KEYWORDS: cartelization ; law; competition

## INTRODUÇÃO

Podemos afirmar que o constituinte originário nos brindou com uma verdadeira Constituição Econômica, ao expressar os valores que o Estado deveria salvaguardar para assegurar uma ordem econômica consentânea com os objetivos fundamentais da nação, dispostos em seu artigo 3º:

*Art.3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*II – garantir o desenvolvimento nacional*

Neste sentido, o título VII previu os princípios diretivos para se alcançar o supramencionado escopo, estipulando diretrizes para as políticas econômicas nacionais.

Um dos importantes instrumentos de efetivação destes princípios norteadores é a política antitruste, legitimada no artigo 170 do Texto Constitucional:

*Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)*

---

<sup>1</sup> Enéias Xavier Gomes é Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais, ex-Promotor de Justiça no Estado da Bahia, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Professor de Direito Processual Penal e Prática Penal na Universidade de Itaúna (UIT).

Segundo o mandamento constitucional, as atividades econômicas serão limitadas por todos aqueles incisos, não permitindo a livre concorrência despienda de limitações.

Inclusive, o artigo 173, §4 estabelece como diretrizes do Estado a repressão ao *“abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

Atualmente, a efetivação de tais limitações à livre concorrência se encontra disciplinada na lei 12.529/2011.

Com a legislação antitruste (desde a lei anterior, n. 8884/94), o legislador brasileiro pretendeu evitar que empresas que atuam no mercado aumentassem abusivamente seus lucros, em detrimento dos interesses sociais. Através de mecanismos de garantia da competitividade, o legislador procurou limitar a ação dos concorrentes que terminam por minar a escolha dos consumidores.

Um desses mecanismos utilizados pelas empresas para concentrar mercado com abuso de poder é a limitação ilícita à entrada de concorrentes potenciais, que são aqueles que apesar de não exercerem a mesma atividade, possuem condições (potenciais) para ingressar naquele mercado específico.

De forma ordinária, as empresas instrumentalizam a limitação à participação de novos concorrentes através de estratégias de preços e mercadorias, em especial mediante alinhamento coordenado de preços, prestação de serviços ou condições de venda e redução da dispersão dos preços por um período razoável de tempo, sem justa causa<sup>2</sup>.

Todavia, uma forma que tem se tornado usual e pouco percebida pelos órgãos de controle se dá no âmbito da legislação, através de pressão exercida sobre parlamentares e membros do executivo para a aprovação de leis claramente restritivas à liberdade de competição.

No caso nº. 08000.024581/1994-77 decidido pelo Cade, o instrumento utilizado pelas empresas para impedir a entrada de novos competidores não foi o usual, pois se deu por meio de uma lei (lei n. 2526/00) que pretendia regular a atividade do varejo de combustíveis<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, decisões condenatórias pelo CADE nos seguintes casos: 08012.007301/2000-38, 08700.000547/2008-95, 08012.010215/2007-96, 08012.004573/2004-17, 08012.007149/2009-39, 08012.011668/2007-30.

<sup>3</sup> Outro caso incomum ocorreu nos autos nº. 08012.002911/2001-33, envolvendo revenda de combustíveis em Campinas. Alguns postos, através do sindicato, tentaram influenciar os concorrentes a

Precedente: Processo Administrativo n. 0800.024581/94-77

Nas duas últimas décadas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) investigou, analisou e decidiu dezenas de casos envolvendo condutas anticompetitivas no mercado de varejo de combustíveis.

Segundo a extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE)<sup>4</sup>:

*“A revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o setor com maior número de denúncias de prática de cartel. A SDE recebe uma média de quatro denúncias por semana sobre cartel de revenda de combustíveis, superando 200 denúncias por ano”.*

Para análise dos casos submetidos ao CADE, alguns fatores estruturais têm sido fundamentais para determinar os níveis de concentração no mercado de revenda de combustíveis. Em especial: a delimitação da dimensão geográfica do mercado relevante; a presença de grandes redes proprietárias de postos de combustíveis; o número de distribuidoras e a relação com os postos; e a presença de entidades associativas.

O caso decidido no procedimento administrativo nº. 08000.024581/1994-77 envolvia notícia de cartelização levada a cabo pelo Sindicato do Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal e as redes Cascão e Igrejinha.

A decisão teve como dimensão produto/serviço postos de combustíveis que comercializavam gasolina, álcool e diesel. Já a dimensão geográfica foi definida como todo o território do Distrito Federal, já que o sindicato abrangia 94,76% (dos 172 postos situados no Distrito Federal, 163 era filiados) dos postos ali instalados, influenciando, portanto, em toda região. Ademais, as redes Gasol e Igrejinha detinham à época dos fatos mais de 40% do “market share” do mercado relevante de combustíveis, com postos espalhados por todo território do Distrito Federal.

Durante a instrução do feito, restou demonstrado que o sindicato organizou e realizou diversas reuniões com as empresas filiadas, dentre elas, as redes Gasol e Igrejinha, com a finalidade de criar estratégias para impedir a entrada da rede *Carrefour* no mercado. Através de notícias jornalísticas, as empresas tomaram conhecimento da

---

não aceitarem cartões de crédito para pagamento de serviços prestados. Pretendiam assim forçar as administradoras de cartões a reduzir as taxas administrativas e os prazos para ressarcimento das vendas. A conduta em nada beneficiava os consumidores, sequer melhorando os serviços.

<sup>4</sup>Nota Técnica da SDE referente à Averiguação Preliminar n.º 08012.000642/2010-61, de 18 de maio de 2010.

intenção da rede *Carrefour* de se inserir naquele mercado. Assim, passaram a se reunir, a fim de traçar estratégias de criação de barreiras de entrada daquela empresa no mercado de combustíveis varejistas, eis que temiam que o concorrente que se avizinhava praticasse preços mais baixos dos que os por ele executados. O assunto era frequentemente discutido nas assembléias e registrado em ata.

Em uma das atas, restou consignado<sup>5</sup>:

*O senhor Presidente comentou sobre a aprovação da construção do Posto da Rede “Carrefour” tendo sido discutido conseqüências e soluções para o seu impedimento”*

Após longos debates, o sindicato e as empresas traçaram como estratégia a criação de uma legislação que barrasse a entrada da concorrente. Assim, pressionaram membros dos Poderes Legislativo e Executivo para que fosse aprovada uma lei vedando a instalação de postos de combustíveis em pátios de hipermercados e congêneres. Chegaram inclusive a remeter à Casa Legislativa uma minuta da lei que pretendiam ver aprovada.

Após a pressão exercida, a Casa Legislativa aprovou a lei 2526<sup>6</sup>, dispendo sobre a proibição de edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, shopping centers, teatros, cinemas e nas proximidades de escolas e hospitais.

### Da criação artificial de barreira

---

<sup>5</sup> Ata de reunião da diretoria do SINPETRO/DF, fls.115/116 do processo administrativo n,

<sup>6</sup> LEI Nº 2.526, DE 14 DE JANEIRO DE 2000

Dispõe sobre a proibição de edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, shopping centers, teatros, cinemas e nas proximidades de escolas e hospitais.

O VICE-GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, NO EXERCÍCIO DO CARGO DE GOVERNADOR, Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos e ainda em lotes localizados a menos de trezentos metros destes estabelecimentos.

Parágrafo único. Ao disposto no caput, ficam ressalvados os terrenos de propriedade de terceiros, com uso definido para postos de abastecimento constantes em loteamentos devidamente aprovados e registrados no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de sessenta dias.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 14 de janeiro de 2000

112º da República e 40º de Brasília

BENEDITO AUGUSTO DOMINGOS



A criação de barreiras artificiais ocorre quando um agente, detentor de poder de mercado, desenvolve mecanismos para tornar aquele mercado impenetrável. Diferencia-se, portanto, das barreiras naturais, que são as que decorrem da própria conformação daquele mercado, como por exemplo, no caso dos combustíveis, as exigências contidas na Resolução ANP nº 41 de 05/11/2013, que regulamentou o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo, estabelecendo diversos requisitos para a atuação no mercado<sup>7</sup>. São, portanto, próprias de determinado segmento.

Ambas acabam limitando a concorrência, o que aumenta a possibilidade de abuso de preços e má qualidade de produtos e serviços oferecidos pelo mercado.

O caso em estudo se trata de um incomum mecanismo de criação de barreira artificial, pois não decorreu de situações naturais, mas criadas pelos agentes econômicos que atuavam naquele mercado. Via de regra, os mecanismos utilizados para impedir a entrada de novos concorrentes são os mais variáveis, envolvendo questões como acordos de exclusividade, em que o fabricante ou o revendedor se utilizam de restrições verticais, discriminação de preços, dentre outras.

No caso em análise, os envolvidos, através de ações concertadas, utilizaram-se de pressões exercidas junto ao parlamento, para que fosse aprovada uma lei que vedava o ingresso de novos participantes naquele mercado.

A ação concertada do sindicato e empresas atingiu diretamente o mercado, fugindo-se da “técnica” comum de cartelização, que consiste em criação de barreiras indiretas consistentes no fortalecimento dos membros de determinado mercado. As empresas se utilizaram de uma tática pouco reprimida no mercado, consistente na utilização indevida do legislador, o que impediu a entrada não só do *Carrefour*, mas também de outros eventuais concorrentes.

Neste sentido, citamos trecho do voto condutor, Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> A resolução dispõe, por exemplo, dos requisitos para expedição do registro junto a ANP, da forma de tanques para armazenamento e equipamento medidor de combustível automotivo, entre outros. A Portaria ANP nº 202/99, por sua vez, estabelece os requisitos necessários para acesso à atividade de distribuição, entre os quais, o registro de distribuidor e autorização para o seu exercício, que inclui a aquisição, o transporte, a comercialização e o controle de qualidade dos combustíveis

<sup>8</sup> Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Procedimento Administrativo n. 08000.024581/1994-77, p.1898.

*“In casu, entretanto, analisa-se a formação de cartel que teve também por escopo impedir a entrada de potencial concorrente no mercado. A fim de alcançar esse objetivo, atuaram junto a membros do executivo e do legislativo para que não fosse autorizada a entrada de concorrente no mercado relevante, bem como fosse editada lei impeditiva de tal entrada, com o intuito de atendimento de seus interesses econômicos. Cabe ressaltar que, por visar à imposição de barreira à entrada no mercado, referida ação concertada configura ato discriminatório que prejudica a concorrência e afronta diretamente a Constituição Federal, no que tange aos seus princípios da isonomia, a livre concorrência e defesa da concorrência .(p.26).*

#### Da jurisprudência comparada

O caso relatado encontra precedentes no direito alienígena, o que restou mencionado no voto do Relator, ao citar jurisprudência do Conselho de Concorrência Romeno. O precedente envolveu a Associação Comercial dos Farmacêuticos Romanos, que pretendia dividir o mercado entre as empresas que já atuavam no ramo. Para tanto, pressionaram o Poder Executivo que, através do Ministério da Saúde, estabeleceu novos critérios demográficos e geográficos, além de condicionar novas aprovações à anuência da própria associação. A Associação chegou a listar cidades em que sequer seria possível a instalação de novos concorrentes<sup>9</sup>.

#### CONCLUSÃO

A cartelização é uma das praticas mais nefastas aos consumidores, pois ao suprimir a concorrência, impede-se o desenvolvimento tecnológico, produtivo, além de forçarem os consumidores a pagar preços artificiais, inflacionando o valor dos bens e produtos comercializados.

Evidentemente, os acordos, que ocorrem de forma secreta, se dão através dos mais variados meios. Um deles se dá através da aprovação de leis claramente inconstitucionais, que visam à imposição de barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes.

Através dos mais variados instrumentos de pressões exercidos sob membros dos Poderes Executivo e Legislativo, leis são aprovadas, impedindo a entrada de novos

---

<sup>9</sup> Disponível em: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

concorrentes nos mercados. Neste cenário, os órgãos de fiscalização, em especial, CADE e Ministério Público, devem se atentar para a “nova” forma de cartelização, desenvolvendo instrumentos aptos a combatê-las.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao\\_392/Relat/01-Relatorio-AC-2006-08012-003299-Rede\\_Gasol\\_de\\_Combustiveis-PRADO.pdf](http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_392/Relat/01-Relatorio-AC-2006-08012-003299-Rede_Gasol_de_Combustiveis-PRADO.pdf). Acesso em: 18/08/2015;

BRASIL. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CEEQFjAGahUKEw7qvkLjHhXElpAKHbWOBRE&url=http%3A%2F%2Fwww.sincombustiveis.com.br%2Fpdf%2FCadernos%2520do%2520Cade.pdf&ei=yhfWVbDhM8TFwAS1nZaIAQ&usg=AFQjCNGLyM1f9C5iWvqNDXXwPw6D7e9nQg>. Acesso em: 19/08/2015

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/177957/mod\\_resource/content/2/Cartilha%20DEE%20-%20CADE.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/177957/mod_resource/content/2/Cartilha%20DEE%20-%20CADE.pdf). Consultado em: 20/08/2015

#### EMENTA SUGERIDA

É possível a cartelização através do legislador (aprovação de leis inconstitucionais), cabendo ao Ministério Público reprimi-la com os instrumentos cabíveis, em especial, através de ações penais e civis públicas.

# ***PREFERÊNCIA NA MARCAÇÃO DE CRUZAMENTO RODOCICLOVIÁRIO? UMA INFORMAÇÃO INCORRETA NO TRÂNSITO PODE CUSTAR CENTENAS DE VIDAS!***

*CÁSSIO MATTOS HONORATO*

O Ministério Público deve orientar os Órgãos de Trânsito em relação à correta interpretação da legislação de trânsito relacionada às regras de circulação e conduta nos locais de cruzamento entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas), vez que não existe previsão legal de preferência dos ciclistas nos locais sinalizados com a marcação de cruzamento rodociclovitário (MCC); bem como recomendar às autoridades de trânsito que retifiquem os informativos relacionados à inexistente preferência de ciclistas, substituindo a orientação agressiva e incorreta pela orientação protetiva ou preventiva; e adotar providências para que sejam implantadas linhas de retenção e legendas pare nas ciclovias e ciclofaixas, nas proximidades dos cruzamentos rodociclovitários, de modo a informar corretamente os usuários da via e proporcionar segurança aos participantes vulneráveis do trânsito.

**PREFERÊNCIA NA MARCAÇÃO DE CRUZAMENTO RODOCICLOVIÁRIO?  
UMA INFORMACAO INCORRETA NO TRÂNSITO  
PODE CUSTAR CENTENAS DE VIDAS!**

**CÁSSIO MATTOS HONORATO**  
(Promotor de Justiça no Estado do Paraná)

Tese a ser apresentada durante o XXI Congresso Nacional do  
Ministério Público, realizado em 06-09.10.2015.  
Áreas Cível e Especializadas (art. 43, inc. II).

**SÍNTESE DA PROPOSIÇÃO**

O Ministério Público deve **orientar** os órgãos de trânsito em relação à correta interpretação da legislação de trânsito relacionada às regras de circulação e conduta nos locais de cruzamento entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas), vez que **não existe** previsão legal de preferência dos ciclistas nos locais sinalizados com a Marcação de Cruzamento Rodociclováriário (MCC); bem como **recomendar** às Autoridades de Trânsito que retifiquem os informativos relacionados à inexistente preferência de ciclistas, substituindo a orientação agressiva e incorreta pela orientação protetiva ou preventiva; e **adotar providências** para que sejam implantadas linhas de retenção e legendas PARE nas ciclovias e ciclofaixas, nas proximidades dos cruzamentos rodociclováriários, de modo a informar corretamente os usuários da via e proporcionar segurança aos participantes vulneráveis do trânsito.

**EXPOSIÇÃO**

Há alguns meses tem-se ouvido (lido e debatido com os órgãos de trânsito, em Curitiba) **INFORMAÇÕES INCORRETAS** que vêm sendo transmitidas ao público, no sentido de *os ciclistas possuem preferência nos cruzamentos entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas)*<sup>1</sup>. Alguns membros da Secretaria Municipal de Trânsito, em Curitiba (SETRAN), chegaram a utilizar a denominação “faixas de segurança para travessia de ciclistas em cruzamentos”.



A denominação correta (e prevista na legislação de trânsito brasileira) é *Marcação de Cruzamento Rodociclováriário*<sup>3</sup> (MCC) e a mencionada preferência dos ciclistas **não existe**, pois não se encontra prevista nos Capítulos III ou IV, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que preveem as “normas gerais de circulação e conduta” dos participantes do fenômeno trânsito e as normas relacionadas aos “pedestres e condutores de

<sup>1</sup> CTB. Anexo I. “CICLOFAIXA - parte da pista de rolamento destinada à circulação exclusiva de ciclos, delimitada por sinalização específica. [...]. CICLOVIA - pista própria destinada à circulação de ciclos, separada fisicamente do tráfego comum.”

<sup>2</sup> Cruzamento entre a Rua Lysimaco Ferreira da Costa e a via compartilhada denominada Rua Euclides Bandeira, no Centro Cívico, em Curitiba - PR. Imagem capturada em 09.Jul.2015.

<sup>3</sup> Sinalização Horizontal prevista no item 6.5., do Volume IV, do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, aprovado pela Resolução n. 236, de 11.05.2007, do CONTRAN. Disponível em: [http://www.denatran.gov.br/publicacoes/download/MANUAL\_HORIZONTAL\_RESOLUCAO\_236.pdf]. Acesso em 31.Mar.2015.

## PREFERÊNCIA NA MARCAÇÃO DE CRUZAMENTO RODOCICLOVIÁRIO? UMA INFORMAÇÃO INCORRETA NO TRÂNSITO PODE CUSTAR CENTENAS DE VIDAS!

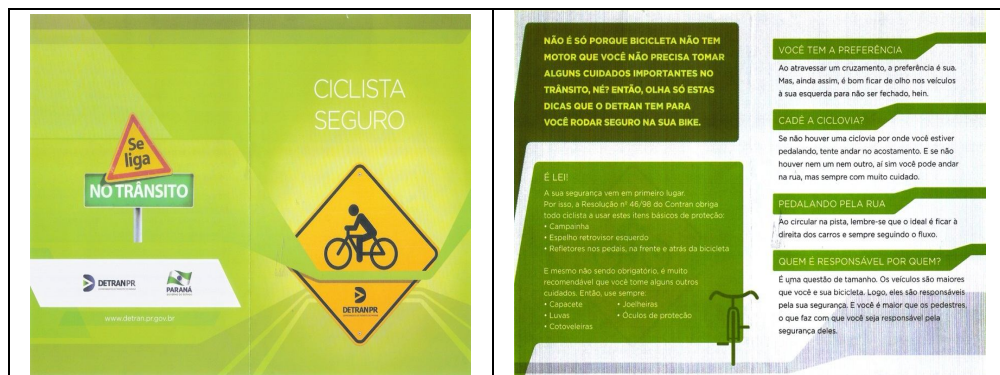
veículos não motorizados”; tampouco a mencionada preferência foi prevista pelo Volume IV, do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito (aprovado pela Resolução n. 236/2007, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN), que contém normas de colocação e de relacionamento da MCC com outras sinalizações.

Exemplo da mencionada orientação equivocada encontra-se nos *informativos* distribuídos pelo DETRAN-PR, no dia 09.Mar.2015, denominados “Pedestre Seguro” e “Ciclista Seguro” (folhetos da campanha “Se Liga no Trânsito”). Vejamos o conteúdo das informações impressas nos *folders*:

1) Aos **PEDESTRES**, que têm preferência assegurada por lei (art. 70, CTB), a orientação é a seguinte: “[...] **SÓ A FAIXA NÃO BASTA. Confiar só na faixa de pedestre é muito perigoso. Antes de atravessar, é preciso ter certeza de que o motorista está vendo você.**” Trata-se de cautela positiva e merecedora de aplausos por reforçar a segurança dos pedestres. Nesse sentido, merece ser denominada *orientação protetiva ou preventiva*.



2) Diversa, no entanto, é a orientação constante do *Informativo* “Ciclista Seguro”, em que consta expressamente: “**VOCÊ TEM A PREFERÊNCIA. Ao atravessar um cruzamento, a preferência é sua. Mas, ainda assim, é bom ficar de olho nos veículos à sua esquerda para não ser fechado, hein.**” Além de incorreta, a informação pode induzir os participantes do trânsito em erro e gerar grave prejuízo à segurança dos ciclistas. Assim, passa a ser denominada *orientação agressiva e incorreta* e, como exposto abaixo, precisa ser combatida por todos os órgãos que integram o Esforço Legal para a realização do Trânsito Seguro, ora incluído o Ministério Público.



Verifica-se nas mensagens constantes dos *folders* (acima destacados) a injustificada mudança de orientação oferecida aos pedestres e aos ciclistas. Por se tratar de **participantes vulneráveis do trânsito**,<sup>4</sup> a *orientação preventiva* e voltada a proporcionar maior segurança aos pedestres também deveria ser adotada nas campanhas e *folders* direcionados à segurança dos ciclistas. Nesse sentido, aliás, merece destaque a norma inserta no art. 21, inc. II, do CTB, que atribui aos órgãos e entidades executivos de trânsito o dever de “promover o desenvolvimento da circulação e da **segurança dos ciclistas**”.<sup>5</sup>

A divulgação dessa informação relacionada à preferência dos ciclistas, além de incorreta e sem amparo na legislação de trânsito brasileira, poderá induzir os ciclistas em erro e causar eventos<sup>6</sup> com resultado morte no trânsito. Desse modo, a *orientação agressiva e incorreta* (constante do *folder* “Ciclista Seguro”, acima destacado) precisa ser substituída pela **orientação protetiva ou preventiva** (a exemplo do Informativo “Pedestre Seguro”), de modo a proporcionar segurança aos participantes vulneráveis do trânsito.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A legislação de trânsito constitui um *complexo e intrincado*<sup>7</sup> conjunto de regras, composto por normas constitucionais, legais e infralegais, que precisa ser corretamente interpretado para evitar a divulgação de informações incorretas e grave prejuízo à segurança viária.

Para a compreensão do tema (*i.e.*, inexistência de preferência dos ciclistas nas MCC) e para proporcionar correta interpretação (sistemática)<sup>8</sup> das normas de circulação e condutas relacionadas aos cruzamentos entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas), torna-se imperiosa a revisão de alguns conceitos e normas constantes da legislação de trânsito brasileira:

<sup>4</sup> Segundo o *Relatório da Situação Mundial da Segurança no Trânsito*, elaborado pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em 2013, três grupos são considerados *participantes vulneráveis do trânsito*: motociclistas (23%), pedestres (22%) e ciclistas (5%), por representarem juntos mais da metade das mortes no trânsito. Destaca-se no original: “Half of the world’s road traffic deaths occur among motorcyclists (23%), pedestrians (22%) and cyclists (5%) – i.e. ‘vulnerable road users’ – with 31% of deaths among car occupants and the remain 19% among unspecified road users.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global status report on road safety 2013: supporting a decade of action*. Genebra: OMS, 2013. p. 06. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2013/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2013/en/). Acesso em 19.Jul.2015.)

<sup>5</sup> CTB. “Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: [...]; II – [...] e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança dos ciclistas”.

Para o desenvolvimento deste parágrafo reconheço e agradeço as sugestões do Major RICARDO ALVES DA SILVA, da Polícia Militar de Santa Catarina (informação pessoal recebida por e-mail, em 03.Abr.2015).

<sup>6</sup> Não obstante o termo *acidente de trânsito* constar expressamente do artigo 277 do CTB e de Norma da ABNT, tem-se sugerido a substituição da expressão por *evento de trânsito*. Justifica-se a substituição do termo e a formação de nova mentalidade porque um *acidente* consiste em um evento que geralmente pode ser evitado. Afasta-se, desse modo, a falsa noção de mera fatalidade sobre os *acidentes de trânsito*; atribuindo-se à conduta humana que gerou o evento juridicamente relevante o devido grau de responsabilidade. Nesse sentido, confira HONORATO, Cássio M. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas: Millennium, 2009. p. 08-09.

<sup>7</sup> “Extremamente complexa e intrincada é a legislação de trânsito. Pode-se dizer que esta é composta por uma verdadeira ‘colcha de retalhos’. Acrescentam-se, ainda, uma série de incoerências e de incorreções praticadas pelo legislador federal e a sucessão de inúmeras resoluções do Contran, por vezes, sem o necessário rigor técnico-científico.” (HONORATO, Cássio M. *Trânsito: infrações e crimes*. Campinas: Millenium, 2000. p. 25.)

<sup>8</sup> “Métodos e tipos dogmáticos de interpretação. [...] Os problemas sintáticos referem-se a questões de conexão das palavras nas sentenças: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexão das sentenças num todo orgânico: questão sistemática.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 260.)



1) **Bicicletas são veículos** (Anexo I ao CTB)<sup>9</sup> e encontram-se classificadas junto ao art. 96 do CTB como veículos movidos a propulsão humana. Desse modo, o ciclista é condutor de veículo e somente em uma situação equipara-se ao pedestre: quando desmontado e empurrando a bicicleta (art. 68, §1º, CTB).<sup>10</sup>

2) A regra de preferência inserta no **art. 70 do CTB**<sup>11</sup> **destina-se exclusivamente aos pedestres** (podendo ser estendida ao ciclista que, desmontado, empurra a bicicleta, na forma do art. 68, §1º). Logo, só existe faixa de segurança para pedestres e não se pode falar em “faixas de segurança para travessia de ciclistas em cruzamentos”.

3) A norma inserta no art. 29, §2º do CTB<sup>12</sup> (erroneamente invocada pelos defensores da informação incorreta que está sendo divulgada por alguns órgãos de trânsito) **não estabelece regras de preferência** no trânsito. A regra contém referência ao princípio da solidariedade (ou da fraternidade, que deveria reger a participação coletiva nas vias terrestres), por isso utiliza a expressão “serão sempre responsáveis pela segurança dos menores”. Se fosse uma regra de preferência, (i) estaria descrita no *caput* do art. 29; (ii) não começaria com a expressão “respeitadas as normas de circulação e conduta”; e, como consequência, (iii) revogaria todas as demais regras descritas no *caput* do art. 29. A título de argumentação, caso fosse interpretada como regra de preferência, os veículos automotores “menores” (ou *leves*) teriam preferência sobre os ônibus e caminhões em qualquer situação, gerando enorme prejuízo às regras de preferência do art. 29 do CTB.

4) A partir dessas considerações **conclui-se** que a suposta preferência dos ciclistas *nos cruzamentos entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas)* **não existe**, pois não se encontra prevista nos Capítulos III ou IV, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), tampouco no Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito (Volume IV, aprovado pela Resolução 236/2007, do CONTRAN).

5) O art. 214, inc. I, do CTB<sup>13</sup> (que descreve como infração de trânsito “deixar de dar preferência de passagem a pedestre e a veículo não motorizado: I – que se encontre na faixa a ele destinada”) encontra fundamento em duas situações diversas: (a) Em relação aos pedestres, que se encontrarem na faixa de segurança a eles destinada, o fundamento é o art. 70 do CTB, acima mencionado; (b) Em relação aos pedestres (fora da faixa) e aos ciclistas, a infração de trânsito volta-se à norma inserta no art. 38, par. único, do CTB,<sup>14</sup> de modo

<sup>9</sup> CTB. Anexo I. “BICICLETA - veículo de propulsão humana, dotado de duas rodas, não sendo, para efeito deste Código, similar à motocicleta, motoneta e ciclomotor.”

<sup>10</sup> CTB. Art. 68. “§ 1º O ciclista desmontado empurrando a bicicleta equipara-se ao pedestre em direitos e deveres.”

<sup>11</sup> CTB. “Art. 70. Os pedestres que estiverem atravessando a via sobre as faixas delimitadas para esse fim terão prioridade de passagem, exceto nos locais com sinalização semafórica, onde deverão ser respeitadas as disposições deste Código. Parágrafo único. Nos locais em que houver sinalização semafórica de controle de passagem será dada preferência aos pedestres que não tenham concluído a travessia, mesmo em caso de mudança do semáforo liberando a passagem dos veículos.”

<sup>12</sup> CTB. Art. 29. “§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.”

<sup>13</sup> CTB. “Art. 214. Deixar de dar preferência de passagem a pedestre e a veículo não motorizado: I - que se encontre na faixa a ele destinada; [...].Infração - grave; Penalidade - multa.”

<sup>14</sup> CTB. “Art. 38. Antes de entrar à direita ou à esquerda, em outra via ou em lotes lindeiros, o condutor deverá: [...]. Parágrafo único. Durante a manobra de mudança de direção, o condutor deverá ceder passagem aos pedestres e ciclistas, aos veículos que transitam em sentido contrário pela pista da via da qual vai sair, respeitadas as normas de preferência de passagem.” A norma inserta no art. 38, par. único do CTB, também se encontra prevista no art. 16, item 2, da Convenção sobre Trânsito Viário (CTV), celebrada em Viena em 10.12.1981, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 86.714/1981.

Para o desenvolvimento da nota reconheço e agradeço as sugestões do Major RICARDO ALVES DA SILVA, da Polícia Militar de Santa Catarina (informação pessoal recebida por e-mail, em 18.Mar.2015).



que antes de entrar à direita ou à esquerda, em outra via ou em lotes lindeiros, o condutor deverá ceder passagem aos pedestres e ciclistas.

Acrescente-se, quanto à aplicabilidade do art. 214, inciso I, do CTB, que o Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito (aprovado pela Resolução n. 371/2010, do CONTRAN) somente permite a atuação “em local não semaforizado, sinalizado com marcação rodociclovitária, quando o ciclista já tiver iniciado a travessia”.<sup>15</sup>

Reunidas essas normas, conclui-se que a infração somente se caracteriza quando reunidas essas três condições: (1ª) na hipótese de **mudança de direção**, em que o condutor do veículo entra à esquerda ou à direita (em uma via ou lote lindeiro), (2ª) em local não semaforizado, e (3ª) interrompe a marcha do pedestre, que se encontra no passeio, ou do ciclista, na ciclovia; que já houver iniciado a travessia.

A infração descrita no art. 214, inc. I, do CTB, encontra-se relacionada à mudança de direção por se tratar de *manobra turbativa* (denominação utilizada por WALDYR DE ABREU); não se encontrando apta a criar uma regra de preferência em cruzamentos entre a pista de rolamento e a ciclovia (ou a ciclofaixa). Em relação às *manobras turbativas* (lícitas ou ilícitas), vale destacar a doutrina pátria:

“A conciliação necessária entre segurança e fluidez impõe outro princípio – nem sempre bem percebido ou compreendido – o respeito à corrente de trânsito -, em busca de maior harmonia e, sobretudo, menos surpresas entre os usuários da via pública. Como adverte Barreiro, é um princípio que não tem formulação expressa, mas realmente inspira todo o Código: ‘**Em circulação, deve-se partir da base de que a marcha retilínea de um veículo é a normalidade, ao passo que as manobras de qualquer tipo são anormalidades perturbadoras**’. [...] Segundo Paulino Ferrari, ‘no que concerne à responsabilidade dos protagonistas dos sinistros rodoviários, deveria valer (em uma racional e simples regra de tráfego) o princípio: *manobra turbativa lícita é suspeita, ilícita é culpável*. Nos sinistros, com o concurso de várias pessoas, há sempre à origem do evento e como causa principal deles a ação de um perturbador, que exorbita da regra do jogo do tráfego’. Ainda no mesmo sentido, em França, é o raciocínio de F. Toché: ‘Os acidentes devidos à perturbação, legal ou ilegal, têm esse caráter indiscutível: *o perturbador é sempre o autor*, então, insistimos ainda neste ponto, deve ser quem paga’.”<sup>16</sup>

A partir dessa orientação peço vênia para voltar a atenção do leitor à imagem abaixo destacada (extraída do GOOGLE EARTH), em que se observa que a ciclofaixa é interrompida, muda de direção (realizando uma anormalidade perturbadora da corrente de trânsito), e transpassa de um lado para outro de uma movimentada via pública, em Curitiba-PR.



17

<sup>15</sup> Para o desenvolvimento deste parágrafo reconheço e agradeço as sugestões do Capitão JULYVER MODESTO DE ARAÚJO, da Polícia Militar do Estado de São Paulo (informação pessoal recebida por e-mail, em 31.Mar.2015).

<sup>16</sup> ABREU, Waldyr de. *Código de Trânsito Brasileiro: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 159. Sem sublinhado ou negrito no original.

<sup>17</sup> Imagem da Avenida Marechal Floriano Peixoto, Bairro Boqueirão, em Curitiba-PR, extraída do GOOGLE EARTH, em 07.Abr.2015.

O ponto de cruzamento entre a pista de rolamento (da Avenida Mal. Floriano Peixoto) e a ciclofaixa encontra-se devidamente sinalizado por meio da *Marcação de Cruzamento Rodoviário* (MCC).

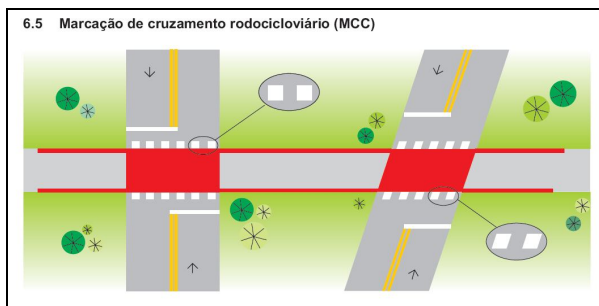
A sinalização, no entanto, não confere preferência ou prioridade aos ciclistas que pretenderem mudar de direção, cruzar a pista de rolamento e seguir na ciclofaixa que foi implantada do outro lado da via. Além de **não existir** a regra de preferência dos ciclistas nas MCC, também se deve observar que a mudança de direção pelos ciclistas constitui **manobra turbativa** que pode causar grave prejuízo à segurança viária.

Nesse contexto, faz-se importante lembrar que a utilização das vias terrestres não constitui o exercício de direitos individuais, e sim um conjunto de deveres coletivos (impostos a todos os participantes do fenômeno trânsito) que reunidos proporcionarão o direito fundamental coletivo denominado *Trânsito Seguro*.<sup>18</sup>

6) O art. 193 do CTB<sup>19</sup> proíbe a circulação de veículos “em calçadas, passeios, passarelas, ciclovias, ciclofaixas” e outros. Ao tratar da **MCI (Marcação de Ciclofaixas ao Longo da Via)**, o Volume IV do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito (aprovado pela Resolução 236/2007, do CONTRAN) reforça a norma inserta no art. 193 do CTB e afirma que “a MCI delimita a parte da pista de rolamento destinada à circulação exclusiva de bicicletas, denominada ciclofaixa”.

7) O Volume IV do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito (acima mencionado) prevê outra espécie de sinalização para as interseções (ou cruzamentos em nível) entre a pista de rolamento e a ciclovia (ou a ciclofaixa). Esta sinalização é denominada **Marcação de Cruzamento Rodociclovário (MCC)**. Consta do Manual a seguinte informação: “A MCC indica ao condutor de veículo a existência de um cruzamento em nível, entre a pista de rolamento e uma ciclovia ou ciclofaixa”.

Destaca-se abaixo a imagem constante do item 6.5., do Volume IV, do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, com as cores e formas características da MCC:



*Marcação de Cruzamento Rodociclovário*: este é o termo técnico a ser empregado pelos órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, evitando-se denominações que podem gerar dúvida e risco à segurança viária.

<sup>18</sup> “O sistema de trânsito não se sustenta com atitudes individualistas e cada regra descumprida é uma potencial fonte de riscos para os outros participantes. Riscos que vão de meros aborrecimentos cotidianos a verdadeiras tragédias. Exatamente por isso, dirigir veículo automotor não constitui uma liberdade pura e plena, exigindo-se para seu exercício que o pretendente esteja qualificado, preencha os requisitos legais e obtenha a autorização estatal. Como quase tudo nessa vida, não há direitos sem responsabilidades, e para o pleno gozo desta liberdade individual, necessário se faz o seu justo equilíbrio com o direito coletivo de segurança.” (BRASIL. STJ. REsp n. 1.111.566-DF. Voto do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, p. 14-15. j. em 28.Mar.2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18951007&num\_registro=200900250862&data=20120904&tipo=51&formato=PDF]. Acesso em 28.Dez.2014.)

<sup>19</sup> 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).”

## INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS E CONFUSÃO ENTRE CICLOVIA E MCC

Quatro equívocos na interpretação da legislação de trânsito brasileira estão conduzindo a uma falsa conclusão e à divulgação de informações incorretas:

**1º** equívoco: o art. 70 do CTB refere-se exclusivamente aos pedestres; não se aplicando aos ciclistas (salvo na hipótese do art. 68, §1º, em relação às faixas de pedestres; não se aplicando às MCC), vez que as bicicletas são veículos.

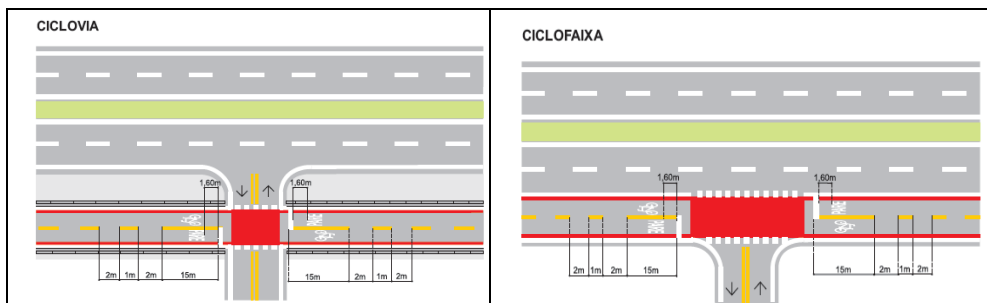
**2º** equívoco: o art. 214, inc. I, do CTB, ao tratar dos veículos não motorizados, encontra lastro no art. 38, par. único, do CTB, e no art. 16, item 2, da CTV. Desse modo, “Antes de entrar à direita ou à esquerda, em outra via ou em lotes lindeiros, o condutor deverá: [...] ceder passagem aos pedestres e ciclistas [...]”. A infração, portanto, encontra-se relacionada a uma *manobra turbativa* consistente em (i) **mudança de direção**, em que o condutor do veículo entra à esquerda ou à direita (em uma via ou lote lindeiro), (ii) em local não semaforizado, e (iii) interrompe a marcha do pedestre, que se encontra no passeio, ou do ciclista na ciclovia; quando o pedestre ou o ciclista já houver iniciado a travessia.

**3º**. O artigo 29, §2º, do CTB, não estabelece regra de preferência no trânsito, como demonstrado no item anterior. Evidencia-se, nesse aspecto, a necessidade de interpretação sistemática das normas de circulação e conduta no trânsito para evitar equívocos. Aliás, bem adverte TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: “nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos”.<sup>20</sup>

**4º**. Não se deve confundir MCI e MCC. A MCI (Marcação de Ciclofaixa) delimita a parte da via destinada à circulação exclusiva de bicicletas. Quando a ciclovia e a ciclofaixa são interceptadas pelas faixas que integram a pista de rolamento, deixa de existir a ciclovia e surge um **cruzamento em nível**. Esse cruzamento, então, deve ser sinalizado por meio de MCC (Marcação de Cruzamento Rodocicloviário).

No ponto de cruzamento, deixa de existir a proibição de circulação de veículos automotores (por óbvio, senão não seria um cruzamento!) e não se aplica a preferência do art. 70 por não se tratar de faixa de segurança para pedestres, e sim de MCC.

Essa informação encontra-se demonstrada pelo desenho inserto no item 6.5, do Volume IV do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, que prevê a implantação de “linhas de retenção” e da legenda “PARE” nas ciclovias ou nas ciclofaixas, nas proximidades do cruzamento com a pista de rolamento.



<sup>20</sup> “[...], quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em *interpretação sistemática (stricto sensu)*. A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. [...] A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos na sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos).” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 262.)

Interessante destacar as regras de *colocação* e de *relacionamento* das MCC com outras sinalizações viárias, que se encontram previstas no Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito:

“**Colocação:** A marcação deverá ser feita ao longo da interseção, de maneira a mostrar ao ciclista a trajetória a ser obedecida.

**Relacionamento com outras Sinalizações:** Em locais onde houver semáforo, é obrigatória a colocação de linhas de retenção para todas as aproximações do cruzamento, obedecendo à mesma distância determinada para as faixas de travessia de pedestres. Em cruzamento não semaforizados podem ser utilizadas linhas de retenção para as aproximações referentes a veículos motorizados.

Em via interceptada por ciclovia ou ciclofaixa, não semaforizado deve ser colocado o sinal A-30b – “Passagem sinalizada de ciclistas”, podendo ser acrescida a mensagem ‘A .... m’.”<sup>21</sup>

A *colocação* da MCC tem por finalidade “mostrar ao ciclista a trajetória a ser obedecida”. Não há qualquer referência à suposta preferência dos ciclistas. A orientação revelada pelo item *relacionamento com outras sinalizações* é exatamente a inversa: prevê a implantação de “linhas de retenção” e da legenda PARE, antes do cruzamento da ciclovia (ou da ciclofaixa) com a pista de rolamento.

Caso a suposta regra de preferência existisse, seria determinada a utilização da placa R-1 (de Parada Obrigatória), nos cruzamentos não semaforizados; a exemplo do que expressamente prevê o item 6.8. do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, ao tratar de cruzamento com linha férrea, a ser identificado com a Marcação de Cruzamento Rodoferroviário (MCF).<sup>22</sup> A sinalização obrigatória para a MCF não é prevista para a MCC.

Reunidas essas informações, pode-se afirmar que a legislação de trânsito brasileira exige a implantação da sinalização denominada *Marcação de Cruzamento Rodocicloviário* (MCC) “em todos os cruzamentos rodocicloviários”. **Esta sinalização, porém, não confere preferência aos ciclistas!**

Divulgar uma regra de preferência inexistente e introduzir nos Manuais, folders e Campanhas de Segurança Viária uma informação incorreta constitui fator de risco à segurança dos participantes vulneráveis do trânsito, pois poderá induzir em erro os ciclistas que utilizam as ciclovias ou ciclofaixas, e gerar conflito nos pontos de cruzamento com a pista de rolamento.

A existência concreta de risco à vida dos participantes do trânsito revela a necessidade de trazer o tema a debate, durante o XXI Congresso Nacional do Ministério Público, em 2015, pois a realização do direito à Segurança Viária e a redução do número de mortes no trânsito também constituem desafios do Ministério Público Contemporâneo.

## CONCLUSÃO: NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Assim, considerando as informações incorretas que estão sendo divulgadas pelos órgãos de trânsito em relação às normas de circulação e conduta em cruzamentos sinalizados com Marcação de Cruzamento Rodocicloviário (MCC), tanto em campanhas de segurança como em materiais publicitários.

Considerando que a legislação de trânsito brasileira não confere preferência aos ciclistas que se encontram nos cruzamentos sinalizados com MCC.

<sup>21</sup> Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume IV. Disponível em: [http://www.denatran.gov.br/publicacoes/download/MANUAL\_HORIZONTAL\_RESOLUCAO\_236.pdf]. Acesso em 31.Mar.2015.

<sup>22</sup> Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume IV, item 6.8: “Marcação de cruzamento rodoferroviário (MCF). [...] Em cruzamento não semaforizado, deve ser utilizado o sinal R-1 – ‘Parada obrigatória’.”

Considerando que o Trânsito Seguro constitui direito fundamental de segunda dimensão<sup>23</sup>, e tendo em consideração que o Ministério Público precisa reconhecer seu papel como catalisador do Esforço Legal para realização do Trânsito Seguro e contribuir para a redução do número de mortes no trânsito,<sup>24</sup> o Ministério Público deve **orientar** os órgãos de trânsito (tanto em nível federal, estadual e municipal) em relação à correta interpretação da legislação de trânsito relacionada às regras de circulação e conduta nos locais de cruzamento entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas), vez que **não existe** previsão legal de preferência dos ciclistas nos locais sinalizados com a Marcação de Cruzamento Rodocicloviário (MCC).

Em complemento, o Ministério Público deve **recomendar e adotar providências**, junto aos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito, para que:

**1.1.** os materiais publicitários e as campanhas de segurança no trânsito contenham informações corretas, com linguagem simples e clara; adotando orientação que fomente condutas mais seguras e que possa reduzir os riscos aos usuários das vias terrestres, em especial aos participantes vulneráveis (motociclistas, ciclistas e pedestres) do fenômeno trânsito;

**1.2.** as campanhas ou materiais contendo informações incorretas ou que tenham adotado a *orientação agressiva* (v.g., a constante do folder “Ciclista Seguro”) sejam recolhidos e inutilizados;

**1.3.** as Autoridades de Trânsito **retifiquem a informação** e os materiais de campanha (consistentes em informativos, *folders* ou manuais) relacionados à suposta preferência de ciclistas nos cruzamentos entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas); substituindo a orientação agressiva e incorreta pela orientação protetiva ou preventiva, de modo a evitar que uma informação incorreta seja divulgada e coloque em risco a segurança dos participantes do trânsito.

**2.** O Ministério Público também deve recomendar e adotar providências para que as Autoridades de Trânsito implantem, nos locais de cruzamento entre a pista de rolamento e as ciclovias (ou ciclofaixas), a seguinte **sinalização viária**:



<sup>23</sup> Em relação ao direito social e coletivo ao Trânsito Seguro e o “conjunto de deveres precisa ser reconhecido e cumprido diuturnamente para a realização pelo do trânsito em condições seguras e a proteção dos direitos inalienáveis à vida e à incolumidade física dos usuários das vias terrestres”, vale conferir HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

<sup>24</sup> A Tese “O Ministério Público como Agente de *Enforcement* e a Garantia do Direito Fundamental ao Trânsito Seguro” foi defendida e aprovada por unanimidade durante o Encontro Estadual 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. Texto publicado nos *Anais do XIX Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102.

<sup>25</sup> Cruzamento entre a Rua Lysimaco Ferreira da Costa e a via compartilhada denominada Rua Euclides Bandeira, no Centro Cívico, em Curitiba - PR. Imagem captada em 09.Jul.2015.

<sup>26</sup> Cruzamento entre a Rua Mariano Torres e a Rua Benjamin Constant, no Centro de Curitiba - PR. Imagem captada em 15.Jul.2015.

2.1. na pista de rolamento, o sinal A-30-b – “Passagem sinalizada de ciclistas”, podendo ser acrescida a mensagem “A .... metros”; e

2.2. nas ciclovias ou ciclofaixas, “linhas de retenção” (item 6.1. do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito) e a legenda “PARE” (item 9.3, do referido Manual), antes do cruzamento com a pista de rolamento; de modo a evitar dúvidas em relação à inexistência de regra de preferência decorrente da MCC.

3. Em atenção ao contido no art. 90, §1º, do CTB,<sup>27</sup> o Ministério Público deve orientar e adotar providências para que os órgãos do Sistema Nacional de Trânsito promovam a **revisão de toda a sinalização de trânsito implantada em sua circunscrição**, retificando aquelas que forem incorretas e implantando as placas, marcas e legendas necessárias, na hipótese de falta ou deficiência da sinalização existente.

Cumpra ao Ministério Público, como instituição democrática vocacionada à defesa dos direitos sociais e coletivos, atuar em favor do Trânsito Seguro, impedindo que informações incorretas sobre regras de preferência no trânsito sejam divulgadas, pois uma informação incorreta pode custar centenas de vidas!

**Curitiba, 23 de Agosto de 2015.**

**CÁSSIO M. HONORATO**

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABREU, Waldyr de. *Código de Trânsito Brasileiro: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. 548 p.

BRASIL. *Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito*. Volume IV, aprovado pela Resolução n. 236, de 11.05.2007, do CONTRAN. Disponível em: [http://www.denatran.gov.br/publicacoes/download/MANUAL\_HORIZONTAL\_RESOLUCAO\_236.pdf]. Acesso em 31.Mar.2015.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.111.566-DF. Voto do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. j. em 28.Mar.2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18951007&num\_registro=200900250862&data=20120904&tipo=51&formato=PDF]. Acesso em 28.Dez.2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

HONORATO, Cássio M. *Trânsito: infrações e crimes*. Campinas-SP: Millennium, 2000. 604 p.

\_\_\_\_\_. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas-SP: Millennium, 2009. 259 p.

\_\_\_\_\_. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

\_\_\_\_\_. *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.)

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global status report on road safety 2013: supporting a decade of action*. Genebra: OMS, 2013. Disponível em: [http://www.who.int/violence\_injury\_prevention/road\_safety\_status/2013/en/]. Acesso em 19.Jul.2015.

<sup>27</sup> CTB. “Art. 90. Não serão aplicadas as sanções previstas neste Código por inobservância à sinalização quando esta for insuficiente ou incorreta. § 1º O órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via é responsável pela implantação da sinalização, respondendo pela sua falta, insuficiência ou incorreta colocação.”

# ***PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO: UM GESTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES SOCIAIS***

*EDUARDO CORAL VIEGAS*

A Privatização do Saneamento Básico é Juridicamente possível no Brasil, porém é contrária aos interesses sociais. A água é um bem público e sua gestão deve ser integralmente pública, inclusive a prestação do serviço de saneamento.

**Autor: Eduardo Coral Viegas**

**PROPOSTA DE ENUNCIADO:** A privatização do saneamento básico é juridicamente possível no Brasil, porém é contrária aos interesses sociais. A água é um bem público e sua gestão deve ser integralmente pública, inclusive a prestação do serviço de saneamento.

**SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E SUA FUNDAMENTAÇÃO:** A privatização do saneamento básico no Brasil fere *gravemente* os princípios da economicidade, razoabilidade, proporcionalidade e até mesmo o da moralidade. Ora, não é dado ao gestor público, mandatário do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF), mal administrar os recursos estatais, que são por demais parcos, como se as políticas públicas pudessem ser alteradas ao bel prazer do governante do momento. Se a política de saneamento nacional teve por parâmetro propulsor a titularidade municipal e a constituição de paraestatais dos Estados-membros para a execução do serviço por delegação, deve seguir nesse rumo, observadas, evidentemente, situações peculiares, como casos em que Municípios maiores têm plenas condições de executar diretamente o serviço em foco ou em que determinada CESB não cumpre definitivamente sua missão legal.

#### **PRIVATIZAÇÃO DO SANEAMENTO:**

##### **um gesto contrário aos interesses sociais**

Apesar de a Constituição de 1988 ter publicizado integralmente as águas, não agiu assim em relação ao serviço de saneamento básico, possibilitando que seja prestado pelo poder público ou pela iniciativa privada.

Muitas vezes há uma confusão entre a dominialidade dos recursos hídricos e a titularidade do fornecimento da água e do tratamento do esgotamento sanitário, mas seu tratamento jurídico-constitucional é distinto.

O serviço de fornecimento de água compreende, em linhas gerais, a sua captação em um corpo d'água - superficial ou subterrâneo -; sua condução na forma bruta, chamada tecnicamente de adução; o tratamento; a adução da água tratada; seu armazenamento; e, por fim, a distribuição aos destinatários.

O serviço de esgotamento sanitário abrange a coleta; o transporte; o tratamento; e a disposição final do esgoto e dos resíduos do processo de depuração.

Essa é uma apertada síntese do procedimento, uma vez que cada uma dessas etapas ou outras de menor expressão guardam suas especificidades, podendo-se exemplificar que o tratamento do esgoto engloba as fases primária, secundária e terciária, que são implantadas, via de regra, subsequentemente.

No sistema pátrio, quem abastece a população com água também deve ser responsável pela destinação dos resíduos líquidos. As redes de fornecimento de água e de coleta de esgoto são diversas, mas a cobrança pelos serviços é vinculada. Como é muito difícil mensurar a quantidade de esgoto despejado na rede geral, estima-se que quem consome mais água produz mais resíduos líquidos, pelo que a remuneração do serviço de saneamento é atrelada à quantidade de água consumida. Daí conclui-se que o uso de fonte alternativa em região dotada de saneamento básico implica enriquecimento ilícito, na medida em que o usuário da rede de esgotamento não está pagando - ao menos na proporção devida - pelo serviço que está utilizando, com isso acarretando prejuízo à coletividade, que acabará suportando esse custo gerado e não remunerado por quem era devedor da obrigação de pagar. (VIEGAS, 2005, p. 108-109).



Com o crescimento acelerado e desordenado de ocupação das áreas urbanas, foi necessária a execução de medidas sanitárias prioritárias, até porque nem tudo era possível ser feito com rapidez, tendo em vista, sobretudo, o elevado custo do serviço público em exame. Houve investimento inicial maior no fornecimento de água potável, por rede geral, à população<sup>1</sup>. Agora os prestadores do serviço têm a missão de ampliar a referida rede e trabalhar mais intensamente na coleta e no tratamento do esgoto sanitário, sendo esse um dos grandes desafios que se enfrentará doravante.

Para que o saneamento público seja efetivo, é necessário que o prestador do serviço tenha por norte alguns princípios ou diretrizes, dentre as quais podemos destacar a *universalidade e equidade*: acesso de todos ao saneamento e com o mesmo nível de qualidade, sem discriminação; a *integralidade*: provimento de todas as diversas naturezas do serviço; a *continuidade*: por ser essencial, o serviço não pode sofrer interrupções, salvo em casos excepcionais; a *eficiência e segurança*: o usuário deve receber serviço eficiente e seguro, pois está consumindo um produto que pode lhe gerar graves repercussões em sua saúde, vida, finanças; a *modicidade dos valores cobrados*: necessária para não dificultar o acesso ao serviço, que é, sabidamente, essencial à dignidade da pessoa humana, à preservação e proteção ambiental, bem como ao desenvolvimento sustentável; a *participação social*: em todo o processo que engloba o saneamento, desde o estabelecimento de políticas para o setor até a execução e controle dos serviços, deve estar presente o acompanhamento efetivo da sociedade, pois é a destinatária do produto do saneamento; o *predomínio do valor social sobre o econômico*: com base nesse princípio, é possível sustentar a cobrança de valores diferenciados para as populações carentes, garantindo-se até mesmo o serviço modo gratuito para consumos baixos, se a pessoa ou sua família não têm condições de pagar nem o mínimo<sup>2</sup>.

Tendo-se em conta a *crise da água*, que assola o mundo de uma forma global, e que sem água não há vida humana, animal ou vegetal, bem como o estabelecimento do uso prioritário dos recursos hídricos para o consumo humano e a dessedentação de animais em situações de escassez (art. 1º, III, da Lei das Águas), chega-se à ilação de que o Poder Público assumiu a dominialidade exclusiva desse recurso natural como forma de geri-lo visando ao interesse da coletividade.

Na medida em que a Constituição disciplina competir privativamente à União instituir diretrizes para o desenvolvimento de saneamento básico (art. 21, XX, da CF) e confere a todos os entes federados competência comum para promover programas de saneamento básico (art. 23, IX, da CF), instituiu um serviço público próprio<sup>3</sup> do Estado (MELLO, 1998, p. 435) e de caráter essencial, consoante expressamente já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>.

Sendo inquestionável a repartição constitucional da propriedade das águas entre a União (art. 20, III) e os Estados (art. 26, I), resta saber de quem é a titularidade pela prestação do serviço de saneamento básico.

Para que se possa discorrer acerca da privatização da atividade de saneamento básico, é necessário, antes, que se fixem as premissas em torno de quem detém o direito/dever de prestar o serviço público. A base do

---

<sup>1</sup> Um dos motivos de terem sido privilegiados investimentos em água foram os menores custos em comparação com o serviço de esgotamento sanitário e retornos mais rápidos ante o pagamento de tarifas.

<sup>2</sup> Não se pode esquecer que água e saúde estão diretamente relacionados, e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), que deve priorizar atividades preventivas (art. 198, II, da CF).

<sup>3</sup> Reconhece-se, contudo, que há entendimentos no sentido de que se trata de serviço público impróprio do Estado, consoante decidiu o STJ no julgamento do RESP 525500/AL, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10/05/2004, p. 235.

<sup>4</sup> ERESP 337965/MG, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 08/11/2004, p. 155.

estudo será focada no Direito Constitucional positivo, uma vez que, dentre os elementos próprios das constituições, está o de estabelecer normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder, as quais estão compreendidas no Título III da CF/88, que trata especificamente “Da organização do Estado”.

No plano histórico, a União passou a atuar na área de saneamento básico na década de 1960, quando da criação do BNH e do FGTS, adotando, porém, uma política mais incisiva na década de 1970, época em que foi instituído o Plano Nacional de Saneamento - PLANASA -, como destaca Victor Carvalho Pinto<sup>5</sup>. Segue o autor frisando que o PLANASA, regulamentado pela Lei n. 6.528/78, definiu um modelo até hoje seguido, por meio do qual os Estados-membros criaram empresas públicas ou sociedades de economia mista, as Companhias Estaduais de Saneamento Básico - CESBs -, e por meio delas passaram a prestar o serviço aos municípios, via contratos de concessão.

Essa sistemática foi estimulada pela União por intermédio da concessão de financiamentos do FGTS apenas para as paraestatais dos Estados, abrangendo aproximadamente 75% dos municípios. Os contratos eram vagos, havendo inúmeras lacunas de relevo, como a falta de definição dos bens reversíveis ou fórmula para o cálculo de sua amortização.

Victor Pinto assenta que, “na prática, o serviço é prestado como se fosse de competência estadual, inexistindo qualquer regulamentação municipal”. Segue enfatizando que os contratos estão-se vencendo, o que fará com que os municípios celebrem novos contratos. Como a PLANASA entrou em crise na década de 1990, sendo a maior parte das CESBs ineficientes e deficitárias, muitos municípios têm optado por desvincular-se das paraestatais referidas. Alguns entes federados municipais criaram órgãos próprios para o desenvolvimento direto da atividade, na forma de departamentos ou autarquias, recebendo, com esse perfil institucional, imunidade tributária. O autor salienta, ainda, que outros municípios concederam o serviço à iniciativa privada, o que tem gerado frequentes conflitos com as empresas estaduais, que cobram indenizações pelos investimentos realizados.

Há, portanto, um inquestionável ponto de conflito entre grande parte dos municípios e os Estados. De um lado, os Estados-membros constituíram paraestatais com a finalidade específica de prestar o serviço de saneamento básico, sendo investidos, via de consequência, vultosos recursos públicos nessa atividade. Por outro, importa saber se, no plano jurídico, os municípios são realmente os titulares do serviço em questão, pois só em caso positivo poderão excluir a participação das CESBs da atividade, assumir sua execução ou concedê-la à iniciativa privada, o que será objeto de análise em seguida.

Hely Lopes Meirelles (1996) deixa bem claro seu posicionamento no sentido de que:

As obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípua do Município, como medida de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular. (p. 307)

No mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

O serviço público de fornecimento de água e de tratamento de esgoto é essencial para a boa saúde da população, e constitui responsabilidade dos municípios (Suspensão de liminar e de sentença n. 1407/RS – 2011-0143001-3, decisão de 22/06/2011, Ministro Ari Pargendler)

---

<sup>5</sup> “A Privatização do Saneamento Básico”. Disponível na internet em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 12/04/2005.

Não obstante as respeitadas transcrições doutrinária e jurisprudencial, a matéria guarda certas especificidades que merecem detida atenção. Efetivamente, inúmeros são os serviços públicos que vêm enumerados pela Carta Magna, que os reparte entre os entes federados, tais como os de serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X), telecomunicações (art. 21, XI), instalação de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, "a), gás canalizado local (art. 25, § 2º), transporte coletivo local (art. 30, V). Outros estão em zona gris, caso do saneamento básico.

A Constituição estabeleceu competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde (art. 23, II), proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI) e promover programas de melhoria de condições de saneamento básico (art. 23, IX). Considerando que o fornecimento de água potável à população e o recolhimento e tratamento do esgotamento sanitário têm reflexos na saúde pública e no meio ambiente *nacionais*, à União compete instituir *diretrizes* gerais e estimular a execução de políticas públicas no setor, como repassando recursos financeiros aos titulares do serviço.

A regra é de que o serviço de saneamento público seja de interesse local, competindo, portanto, sua execução direta ou sob regime de concessão ou permissão<sup>6</sup> aos municípios (art. 30, V, da CF). Esse é o fundamento constitucional que define a titularidade do saneamento básico aos entes municipais. O interesse público, no caso, caracteriza-se pela realização de todas as fases do saneamento nos estritos limites territoriais locais, não se apresentando necessário o compartilhamento de instalações e/ou equipamentos com municípios vizinhos. É o que ocorre na maioria das cidades brasileiras.

Todavia, não se pode afirmar ser a referida titularidade exclusiva da municipalidade. Não raras vezes há interesse regional apto a caracterizar como dos Estados a competência material sobre serviços de saneamento básico. Na Constituição, o art. 25, §§ 1º e 3º, dá respaldo ao que se sustentou. É necessário, contudo, que os Estados editem *lei complementar* para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Tal interesse afasta a competência dos municípios, como leciona Alaôr Caffê Alves. (1998, p. 32). Assim sendo, se houver compartilhamento de instalações e/ou de equipamentos em região metropolitana instituída por lei complementar estadual, o serviço de saneamento assume interesse predominantemente comum, ficando o Estado-membro respectivo autorizado a desenvolver, como titular, trabalhos de fornecimento de água por rede geral e de esgotamento.

Em qualquer caso, é facultado ao titular do serviço promover a sua delegação, se não tiver interesse em prestá-lo diretamente. Quando o delegado é da iniciativa privada, utiliza-se comumente a expressão *privatização* do serviço de saneamento básico. Ela é empregada não no sentido de que o poder público outorga a titularidade dos serviços ao setor privado, mas a gestão desses serviços<sup>7</sup>, inclusive a execução das respectivas obras de infraestrutura, reservando-se a disciplina regulamentar, o controle e a fiscalização próprios do poder concedente.

---

<sup>6</sup> Embora possível, no plano puramente normativo, a delegação do serviço de saneamento básico por permissão, a regra é que seja feita por concessão, já que a permissão, por ser ato unilateral de natureza precária, não se compatibiliza com os investimentos elevados que demandam o setor, implicando relação duradoura, estável e com garantias razoáveis em favor de quem assume a prestação do serviço.

<sup>7</sup> Continuar-se-á utilizando a expressão *privatização* dos serviços de saneamento básico, pois é o mais usual e simplificado, sinalando-se, contudo, que a melhor técnica é o uso da *privatização* da execução dos serviços de saneamento básico.

(ALVES, 1998, p. 23). A delegação deve-se dar por concessão ou por permissão, sempre através de licitação, na forma do art. 175 da CF.

Também existe a hipótese de as paraestatais estaduais criadas por ocasião do PLANASA abrirem seu capital para a iniciativa privada. Mesmo assim, a privatização dá-se em relação à empresa pública ou à sociedade de economia mista, e não à titularidade do serviço, que sequer lhes pertence.

Outro instrumento de *privatização* do setor foi recentemente implementado no Brasil, que é a legislação concernente às parcerias público-privadas. Tal arcabouço legal, que teve início com a edição da Lei Federal n. 11.079/2004 e se ampliou com as inúmeras leis estaduais elaboradas, cristaliza a tendência neoliberal que atinge o mundo globalizado, contrapondo-se ao Estado social, como leciona Paulo Bonavides:

Esmaecê-lo [referindo-se ao Estado social] e depois destruí-lo é parte programática das fórmulas neoliberais propagadas em nome da globalização e da economia de mercado, bem como da queda de fronteiras ao capital migratório, cuja expansão e circulação sem freio, numa velocidade imprevisível, contribui irremissivelmente para decretar e perpetuar a dependência dos sistemas nacionais, indefesos e desprotegidos, sistemas que demoram nas esferas do Terceiro Mundo". (BONAVIDES, 1996, p. 11).

As parcerias público-privadas (PPPs) são uma extensão das concessões e permissões de serviços públicos, estas disciplinadas pela Lei n. 8.987/95. A inovação é que as PPPs têm objeto mais amplo. Enquanto nas concessões e permissões o delegado do serviço é remunerado apenas pela tarifa cobrada do usuário, pelas PPPs é possível, além da remuneração por tarifa, a cessão de créditos não-tributários, assim como a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei (art. 6º da Lei n. 11.079/2004), tudo devendo constar de cláusula contratual (art. 5º, IV, da Lei das PPPs). Outra vantagem para a iniciativa privada é a possibilidade de contratação por prazo superior a 60 meses, limite imposto pelo art. 57, II, da Lei de Licitações<sup>8</sup>. Aliás, a Lei das PPPs veda a celebração de contratos por tempo inferior a 60 meses (art. 2º, § 4º, II), prevendo que o prazo de vigência será compatível com a amortização dos investimentos realizados, não podendo, contudo, ser superior a 35 anos (art. 5º, I).

A nova sistemática também oferece garantias mais concretas ao contratado (art. 8º), dando a ele mais tranquilidade de que a Administração Pública honrará seus compromissos. Como o objetivo deste trabalho não é aprofundar o estudo das PPPs, destaca-se que o posto acima são apenas algumas das inovações em relação às tradicionais concessões e permissões de serviço público, havendo outras que, sem dúvida, estimularão a iniciativa privada a investir em setores tipicamente públicos, sendo um dos grandes alvos o saneamento básico.

Signale-se que a privatização do serviço de saneamento depende sempre de lei específica que a autorize e fixe seus termos, sendo inconstitucional o art. 2º da Lei n. 9.074/95<sup>9</sup> ao dispensá-la nos casos de saneamento básico e limpeza urbana, porquanto viola o princípio da legalidade, na forma do entendimento do Tribunal Pleno do Estado do Rio Grande do Sul ao julgar a ADIn n. 70001300904<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Reconhece-se, contudo, haver posição no sentido de que esse prazo não pode ser considerado como o limite para as concessões. (MELLO, 1998, p. 473).

<sup>9</sup> Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995.

<sup>10</sup> "Ação direta de inconstitucionalidade. Autorização do Poder Executivo para licitar a concessão de serviço de águas e esgoto. Tema que deve ser submetido à Câmara de Vereadores. Mesmo nos casos de saneamento e

Outra exigência intransponível e inquestionável em qualquer forma de delegação à iniciativa privada é a licitação pública, como acima visto. A controvérsia surge em relação aos serviços de titularidades dos municípios concedidos às CESBs, que são paraestatais com personalidade jurídica de direito privado criadas por leis estaduais com a finalidade específica de execução do saneamento básico. No plano constitucional, por um lado, o art. 175 da CF obriga *sempre* a licitação nas hipóteses de concessão ou permissão de serviços públicos; de outro, o art. 37, XXI, da CF possibilita à legislação ordinária ressaltar casos não sujeitos a certame público. A legislação infraconstitucional incidente é a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), a qual elenca várias hipóteses de dispensa, dispensabilidade e de inexigibilidade de licitação em seus arts. 24 e 25. O art. 24, VIII, da referida Lei está assim redigido:

Art. 24. é dispensável a licitação:

...

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Como as CESBs foram criadas na década de 1970, podem renovar indefinidamente com os municípios contratos de concessão de serviço de saneamento básico independentemente de licitação. Quanto à exigência de que o preço seja compatível ao praticado no mercado, bem aponta Alaôr Caffê Alves que deve haver verificação de fato, devendo o valor ser razoável e compatível com a média do mercado. (1998, p. 59). O mesmo autor destaca que, no saneamento, não é possível repartir uma mesma infraestrutura para a prestação do serviço por mais de um ente de modo simultâneo, já que, para tanto, seria necessária a implantação de duas redes paralelas, no mesmo limite territorial, o que considera um absurdo. Por essa razão é que esse tipo de serviço é chamado de *monopólio natural*. (ALVES, 1998, p. 30).

Chegou-se a um ponto no qual faz-se mister uma conclusão: a privatização do saneamento básico no Brasil fere *gravemente* os princípios da economicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e até mesmo o da moralidade. Ora, não é dado ao gestor público, mandatário do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF), mal administrar os recursos estatais, que são por demais parcos, como se as políticas públicas pudessem ser alteradas ao bel prazer do governante do momento. Se a política de saneamento nacional teve por parâmetro propulsor a titularidade municipal e a constituição de paraestatais dos Estados-membros para a execução do serviço por delegação, deve seguir nesse rumo, observadas, evidentemente, situações peculiares, como casos em que municípios maiores têm plenas condições de executar diretamente o serviço em foco ou em que determinada CESB não cumpre definitivamente sua missão legal.

Além da motivação acima declinada, entendemos que o tempo demonstrou que o Brasil agiu com acerto ao estabelecer a política de criação das CESBs, pois só com elas foi possível a efetivação do *subsídio cruzado*, consistente em estabelecer um equilíbrio global de prestação do serviço, importando mais o conjunto de municípios alcançados pela rede de saneamento do que um ou outro especificamente. Assim, se alguns municípios pequenos não são auto-sustentáveis, outros superavitários fazem com que a empresa estadual consiga se equilibrar financeiramente. Agora, se os municípios com boas condições econômicas resolverem executar diretamente o saneamento ou privatizá-lo, como ficarão, de um modo geral, aqueles mais pobres e sua

---

limpeza urbana. Inconstitucionalidade formal por ofensa aos princípios da legalidade e da harmonia e independência dos poderes. Ação julgada procedente”.

população? Será que as empresas privadas investirão em áreas carentes de recursos financeiros ou com outras dificuldades importantes, como a deficiência de recursos hídricos?

Dada a relevância do saneamento, sua execução direta pelo poder público é uma necessidade se o Brasil tiver como meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos (art. 3º da CF). Só assim o governo estaria efetivando políticas sociais sérias, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF).

Contudo, a política neoliberal privatista com que se depara, coincidentemente ou não, está distante desses ideais e, ao mesmo tempo, em plena harmonia com os interesses de grandes corporações transnacionais, que, “apoiadas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), estão ofensivamente assumindo a administração dos serviços públicos de água, enquanto aumentam drasticamente o preço dela para os residentes locais, lucram, especialmente, com a busca desesperada do Terceiro Mundo por soluções de combate à crise de água”. (BARLOW; CLARKE, 2003, xxv).

Não se precisa ir muito longe para perceber a realidade do aumento das tarifas a partir da privatização de serviços públicos, bastando que se atente para os valores cobrados pelas empresas de telefonia e de energia elétrica que hoje dominam o mercado nacional. E, lembre-se, no tocante ao saneamento tem-se uma situação agravante: falta de competitividade em razão do monopólio natural do serviço.

A água é um dos recursos naturais mais importantes para a vida, pois, ao lado do ar que se respira, é fundamental em toda a trajetória delimitada entre o nascimento e a morte. Um bem dessa envergadura não pode estar nas mãos da exploração privada. Pertence a todos, devendo ser administrado pelo poder público, ente abstrato que tem como missão a satisfação do interesse social. O Estado tem a incumbência de proteger e de preservar a água para a atual e para as futuras gerações, na medida em que, com o auxílio da sociedade que representa, exerce os encargos de seu depositário e guardião.

O saneamento básico é condição mínima de reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sem água tratada e escoamento do esgoto sanitário, nenhuma família pode-se constituir adequadamente, nenhuma criança tem assegurado seu direito a um desenvolvimento integral, em condições dignas e de liberdade. A falta ou deficiência significativa na prestação desse serviço público essencial gera doenças evitáveis, morte, baixo padrão de qualidade de vida; enfim, sem o ser humano ao menos poder sair de casa de banho tomado e com sua sede saciada, que oportunidades de vida terá nos agrupamentos sociais?

Quem iniciou a privatização do saneamento foi a França, na década de 1980. Porém, pouco mais de 20 anos após a delegação ao setor privado, Paris percebeu o problema criado e, em 2010, concluiu o processo de reestatização, iniciativa vista como uma “queda do sistema”. Assim, as megacorporações, símbolos da privatização, deixaram a capital francesa, perdendo mercado e, sobretudo, a imagem de sucesso que vendiam ao mundo.

Na mesma esteira, a Itália submeteu sua legislação que tratava da privatização do saneamento a um referendo popular, que ocorreu em junho de 2011, tendo a população rejeitado o novo sistema com aproximadamente 95% dos votos mantendo a água como um bem público e gerido pelo Estado.

O vizinho Uruguai também deu demonstração de como o assunto deve ser enfrentado. Em 31 de outubro de 2004, paralelamente à eleição do novo presidente da república, o povo uruguaio foi às urnas para ser

consultado acerca dos rumos que seu País deveria dar à água. O resultado é uma emenda constitucional que reconheceu a água como de domínio público estatal, dispondo ainda que *o serviço público de saneamento e o serviço de abastecimento de água*<sup>11</sup> *para o consumo humano serão prestados exclusiva e diretamente por pessoas jurídicas estatais.*

Traçando-se um paralelo com nossa legislação, pode-se afirmar que o Uruguai avançou muito. Isso porque, apesar de o Brasil ter declarado por lei que toda a água é pública, não vedou a possibilidade de privatização do serviço de saneamento público. Em verdade, os governos de todos os níveis federativos sofrem pressão interna para implementar um efetivo serviço de saneamento e, para darem vazão a esse anseio social, preferem transferir a responsabilidade à iniciativa privada, fazendo-o como forma de se livrar de um “grande problema”, ainda que, assim agindo, estejam gerando danos irreparáveis ou de difícil reparação ao interesse público.

A mercantilização e a privatização da água também são estimuladas por virem ao encontro dos interesses de “parceiros” do Brasil de grande expressão internacional, que não solicitam; ao revés, ditam as políticas que devem ser desenvolvidas pelos países de Terceiro Mundo, os quais se encontram, mais do que nunca, escravizados pela dependência econômica. Assim, embora a gestão democrática interna da água seja reconhecida em nosso sistema jurídico-normativo, na realidade não tem proteção efetiva, prática.

Exemplo de participação concreta da sociedade na solução das controvérsias envolvendo os recursos hídricos nos dá o Tribunal das Águas de Valencia, que há mais de mil anos reúne na Espanha um grupo de camponeses, com mandato temporário, para solver conflitos que lhe são trazidos por outros agricultores. Os fundamentos desse Tribunal espanhol evidenciam importantes lições em torno da relevância da água e com que seriedade ela deve ser tratada, democraticamente. Dentre elas, pode-se extrair o ensinamento de que a água ou os conflitos que a cercam devem ser administrados por quem está próximo, jamais por grandes corporações transnacionais ou por organismos internacionais, que visam, sobretudo, ao lucro.

O Brasil somente assegurará justiça social se vier a estabelecer uma política em torno dos recursos hídricos que se concretize na prática. Ela deve ter como norteadora a diretriz de que a água é integralmente pública, e que, como tal, deve ser gerida com vistas à satisfação prioritária do interesse coletivo. Com essa postura, estará resguardando um direito fundamental do homem e outorgando-lhe melhores níveis de qualidade de vida. No plano externo, a postura ora preconizada reforçará a soberania nacional, que muitas vezes tem sido violada sem que haja respostas adequadas de parte de nossa República Federativa.

### Referências

- ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico – concessões, permissões e convênios públicos*. São Paulo: EDIPRO, 1998.
- BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro Azul*. São Paulo: M. Books, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 8. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

---

<sup>11</sup> A terminologia foi empregada pela Constituição Uruguia, podendo parecer redundante, já que se sustenta que o serviço de saneamento compreende o de abastecimento de água.

PINTO, Victor Carvalho Pinto. "A privatização do saneamento básico". Disponível na internet em <http://www.senado.gov.br>. Acessado em 12/04/2005.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.



***A TUTELA MOLECULAR DOS  
LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A  
DEMANDA POR MEDICAMENTOS EM  
FACE DO ESTADO***

*CRISTIANE APARECIDA RAMOS*

*ALAIR KOENIG*

*ITALO JOAO CHIODELLI*

Quando em face da necessidade de promover a tutela do direito à Assistência Farmacêutica – visando compelir o estado a fornecer medicamentos aos pacientes que deles necessitam –, devem os legitimados coletivos, quando possível, optar pela tutela molecular do litígio coletivo, ...

A TUTELA MOLECULAR DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A DEMANDA POR MEDICAMENTOS EM  
FACE DO ESTADO

CRISTIANE APARECIDA RAMOS<sup>1</sup>

ÍTALO JOÃO CHIODELLI<sup>2</sup>

ALAIR KOENIG<sup>3</sup>

**SÍNTESE DA PROPOSIÇÃO:** A demanda por medicamentos em face do Estado cresce a cada dia e diante desta “enxurrada” de ações individuais, as demandas coletivas devem ser consideradas estrategicamente, claro que sem prejuízo das demandas individuais. Isto porque o seu objeto abarca uma situação que acomete, ao mesmo tempo, uma coletividade de pacientes desguarnecidos, dizendo respeito, *lato sensu*, à toda sociedade brasileira que sofre com a inconstitucionalidade por omissão do Estado quanto à prestação desta específica expressão do direito social e fundamental à saúde/assistência farmacêutica. Dada a essa sua especial natureza, há uma manifesta necessidade, quando possível, da substituição da tutela individual pela tutela coletiva nas demandas por medicamentos em face do Estado. Esse tratamento atômico da aludida relação jurídica litigiosa deve ser, inapelavelmente, substituído por um tratamento molecular - as várias relações jurídicas que poderiam ser tratadas de forma individual são unificadas em uma única relação jurídica coletiva para fins de tutela jurisdicional. Promover a tutela atômica e individualizada de cada um desses pacientes seria uma atividade infinita que esbarraria na inefetividade jurisdicional. Com uma única ação coletiva que conglobasse todas as relações jurídicas individuais homogêneas, seria possível a realização de uma efetiva tutela coletiva, permitindo ao Poder Judiciário dar um tratamento unificado e igualitário à questão. Seria a única forma de concretizar à igualdade perante à jurisdição, concedendo tratamento igual a todos aqueles pacientes que necessitam do mesmo medicamento a ser fornecido pelo Estado. Seria a única forma de universalizar o acesso à justiça, permitindo que um único procedimento alcançasse uma infinidade de pacientes, os quais poderiam, com o provimento da ação coletiva, promover a execução individual do seu direito à assistência farmacêutica. Daí a razão pela qual os legitimados coletivos – mormente o Ministério Público e a Defensoria Pública – devem optar pela tutela molecular do direito à assistência farmacêutica. Conclui-se, portanto, que, estrategicamente as demandas coletivas devem ser comiseradas, sem prejuízo das ações individuais, como forma alternativa de lidar com o fenômeno que se denomina de “sociedade de litigantes em saúde”. Fazendo isso, estar-se-ia, de fato, promovendo uma tutela mais democrática e universal, possibilitando que todo paciente que careça de um medicamento para o tratamento de determinada patologia seja abarcado pela ação coletiva evitando-se, assim, o afogamento do Poder Judiciário.

**PROPOSTA DE ENUNCIADO:** “Quando em face da necessidade de promover a tutela do direito à assistência farmacêutica – visando compelir o Estado a fornecer medicamentos aos pacientes que deles necessitam –, devem os legitimados coletivos, quando possível, optar pela tutela molecular do litígio coletivo, priorizando a utilização de ações coletivas em detrimento das múltiplas ações individuais.”

## 1. JUSTIFICATIVA DA TESE

A efetiva constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro é um fenômeno que ainda vive a sua juventude. Passados quase vinte e sete anos da promulgação da nossa Constituição – a qual foi promulgada sob o auspício de traçar um destino democrático e inclusivo à sociedade brasileira! –, o reconhecimento da existência de uma força normativa das normas constitucionais é ainda mais recente.

Na visão de Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, o reconhecimento da força normativa de uma constituição, ao lado da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, foi um dos marcos teóricos que permitiu o advento da constitucionalização do direito e do Estado.

<sup>1</sup> Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná

<sup>2</sup> Acadêmico da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste

<sup>3</sup> Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná

O reconhecimento da força normativa da Constituição representou o trunfo dos valores constitucionais e dos mandamentos nela contidos.

Estabelecido tal marco histórico-evolutivo, a sociedade brasileira, pois, começou a experimentar os benéficos efeitos da promulgação da Carta de 1988, a qual muito tem se distanciado de uma mera carta de intenções, com sentido semântico; o que temos visto – e isto só se faz aumentar! – é um desenfreado processo de constitucionalização do direito brasileiro, o que tem repercutido com maior prevalência no regime dos direitos e garantias fundamentais.

Este fenômeno recente, por muitos denominado – ainda que, por vezes, de forma imprópria e acrítica – de neoconstitucionalismo, tem construído paulatinamente um legado sem precedentes no processo de evolução social no contexto brasileiro. Um dos fenômenos atribuídos ao legado do neoconstitucionalismo – e talvez o mais relevante deles – é a ampla expansão do regime dos direitos e garantias fundamentais. Se antes as declarações de direitos fundamentais possuíam apenas uma função retórica e idealista, com o advento do neoconstitucionalismo estas passaram a ter força normativa, de modo que se infiltraram nos valores constitucionais de maneira aparentemente definitiva.

Dessa forma, com os direitos e garantias fundamentais atuando como protagonistas na ordem constitucional, o discurso jurídico passou a pregar uma incessante busca por instrumentos que tutelassem o regime atinente a tais direitos.

Sem dúvida que, por ser o Poder Constituído responsável por controlar a constitucionalidade e, por consequência, garantir, em instância última, o regime dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário foi alvo desse discurso protetivo.

Ao se concluir que a vasta gama de direitos outorgados pelas Constituições – em especial os fundamentais – não se tratava de apenas uma idealista declaração de intenções políticas, possuindo, pelo contrário, normatividade e juridicidade, não tardou para que a pretensão de concretização de tais direitos sonegados no plano legislativo e administrativo viesse buscar amparo no Poder Judiciário.

Por esta razão que, com o advento do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário experimentou um imensurável alargamento dos índices de demandas a ele endereçadas, demandas estas que pleiteavam nada menos do que a concretização das promessas constitucionais.

Tal fenômeno, de acordo com os ensinamentos de Zulmar Fachin<sup>5</sup>, contribuiu para o surgimento do que o eminente professor denomina de “sociedade de litigantes”, a qual busca a concretização dos seus direitos não mais no plano político, mas sim no âmbito jurisdicional. Dessa forma, o Poder Judiciário se tornou, em perceptível escala, “o garante da efetivação dos direitos fundamentais”.

E dentro daquilo que se denomina de direitos fundamentais, à evidência que se incluem os assim chamados direitos sociais, que nada mais são do que uma expressão específica dos direitos fundamentais. Ainda que a Constituição Brasileira tenha feito uma abordagem em separado dos direitos sociais, entende-se que tais direitos se submetem a um regime comum àquele destinado aos direitos fundamentais - ao menos de acordo com o entendimento dominante no Brasil.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional – Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

<sup>5</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET. Publicação trimestral – Ano 1 – nº 1 – Curitiba, 2009.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Assim, tratando-se, pois, de direitos materialmente fundamentais, os direitos sociais também vivem essa atual ânsia de serem concretizados, o que tem acontecido, no mais das vezes, como decorrência da atividade jurisdicional. Por esta razão que, para lidar com a tal “sociedade de litigantes”, o ordenamento jurídico precisa dispor de instrumentos de tutela aptos a dar a efetividade que tais direitos necessitam, sob pena de retornarmos ao inócuo regime das constituições semânticas.

É nesta efervescência constitucional que ganha destaque o direito social – e, como se disse, fundamental – à saúde.

O Constituição de 1998 foi extremamente generosa no que diz respeito ao trato constitucional do sistema de saúde posto à disposição da sociedade brasileira, legando um sistema único de abrangência universal e gratuito que possui raros exemplos semelhantes no direito comparado. Além de conceder uma profunda normatização constitucional, o Poder Constituinte originário abriu espaço para uma significativa regulamentação no plano infraconstitucional, possibilitando a efetiva concretização do direito social à saúde no Brasil.

No entanto, é bem verdade que o Brasil convive com um dilema no trato do direito à saúde: ao passo que reconheceu um direito à saúde deveras abrangente, gratuito e universal, dotado de inquestionável eficácia jurídica – o que é um legado ímpar na tutela da dignidade da pessoa humana! –, a realidade nos força a reconhecer que tal direito fundamental social ainda esbarra na baixa efetividade no sentido de eficácia social, efetividade esta que se sujeita a uma série de fatores sociais impeditivos extra-jurídicos, e, por isso, fora do alcance do Direito Constitucional (ex. crises econômicas, má-gestão administrativa, corrupção, não-aceitação social de uma certa casta da sociedade, conflitos políticos, etc.).

Temos um sistema de saúde hipócrita, uma vez que costuma ser generoso em promessas e miserável em concretizações. Ora, sem a devida migração do dever-ser normativo para o plano da realidade, o direito social à saúde não passa de uma falácia.<sup>7</sup>

Assim, a fronteira expansiva do direito social à saúde, no contexto da experiência jurídica brasileira, encontra-se indubitavelmente relacionada à busca pela definição do seu alcance e abrangência, o que tem se demonstrado uma questão tormentosa. Não se duvida que temos um direito à saúde gratuito e universal; no entanto, resta saber qual o limite desse sistema de saúde: é um sistema global que abarca todos os procedimentos existentes?! Existe um patamar mínimo da qualidade?! Além dos serviços essenciais em saúde, será que nele se inclui também a assistência odontológica, psicológica, fisioterápica, etc.?! O que são serviços essenciais em saúde e o que os difere dos não essenciais?! Existe um direito subjetivo a todos eles, essenciais ou não?! São questões tormentosas e ainda não definitivamente solucionadas.

Dentro dessa tormenta argumentativa, inclui-se a questão acerca dos limites e contornos de uma específica faceta do direito social à saúde: o direito à assistência farmacêutica.

À evidência que, no atual contexto da medicina, o tratamento com medicamentos e fármacos é parte integrante da quase totalidade dos serviços prestados em saúde, sendo *conditio sine qua non* para a manutenção da vida do paciente. Logo, daí se extrai a sua relevância em um sistema de saúde público, universal e gratuito.

O legislador infraconstitucional não foi, contudo, omissivo no que diz com normatização do direito à assistência farmacêutica. Não tardou e foi aprovada a Lei n. 8.080/90, a assim chamada “Lei Orgânica da Saúde”, a qual tratou da matéria, prevendo que o Sistema Único de Saúde atuaria no campo das ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, dispensando um capítulo inteiro para o trato da matéria.

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

Seguindo as normas convencionais acerca da temática – mormente as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) –, o legislador brasileiro aderiu à política de instituição de protocolos clínicos e de adoção de uma lista básica contendo os medicamentos essenciais no trato das patologias a serem enfrentados, lista esta conhecida como Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Os protocolos clínicos servem, basicamente, para concretizar uma diretriz terapêutica, estabelecendo critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, bem como o seu devido tratamento. A Lei n. 8.080/09 prevê que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Já a RENAME é uma lista de medicamentos que deve atender às prioritárias necessidades de saúde da população brasileira, sendo um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde. Serve para racionalizar o direito à assistência farmacêutica, promovendo o acesso e o uso seguro e racional de medicamentos.

Contudo, ainda que predeterminados a servir como critérios de racionalização do sistema saúde, os protocolos clínicos e a RENAME não tem cumprido a poesia que é inerente ao discurso que envolve os aludidos institutos. O que vemos – e em grande medida – é a utilização desses institutos como um salvo-conduto utilizado tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo para afunilar os meios de acesso ao Sistema Único de Saúde.

Isto porque os protocolos clínicos e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais não vêm sendo utilizados seguindo o contexto da evolução da medicina e do crescente aumento da necessidade dos pacientes. Pelo contrário, a cristalização de protocolos incompatíveis com o atual quadro da medicina moderna e a não inclusão dos novos – e dispendiosos – fármacos necessários a manutenção da vida de pessoas tem se prestado para fins político-orçamentários, o que faz do direito à saúde alvo de uma histórica preterição política que culmina na total inefetividade das normas constitucionais.

Os protocolos clínicos e a RENAME, contrariando a *ratio* de suas existências, têm servido de escudo para os maus gestores e maus políticos, uma vez que o paciente portador de uma moléstia cujo tratamento não esteja catalogado nos arcaicos instrumentos administrativos, necessitando de um medicamento não incluso na aludida relação administrativa, deverá arcar com a sua vida em prol de uma dita racionalidade do sistema de saúde, que só pode custear os tratamentos descritos e antecipadamente aprovados pelos órgãos legislativos e administrativos.

A utilização desses expedientes trata-se, evidentemente, de uma limitação não admitida a um direito fundamental social de ímpar relevância como é a saúde, sendo tais previsões, no sentido acima descrito, manifestamente inconstitucionais por justamente limitar um direito fundamental ao ponto de vulnerar o seu núcleo essencial.

O paciente que não esteja acudido por protocolos administrativos não pode arcar com o custo de sua vida tão somente pelo fato de não estar incluso em uma política pública de saúde; seria uma dupla penalidade ao titular de tão nobre direito fundamental. As listas de prioridades em saúde pública, que antes deveriam ser um instrumento de resguardo da vida, transformam-se em uma lista de morte, haja vista que, de antemão, já está a matar milhões de brasileiros que serão negligenciados pelo Poder Público.

Eis aí a relevância do Poder Judiciário no combate à tal inconstitucionalidade. Os pacientes que conseguem acessar a justiça para demandar pelos medicamentos necessários ao seu tratamento transferem o

problema que era de ordem legislativa e administrativa para a esfera jurisdicional, formando uma verdadeira “sociedade de litigantes em saúde”.

E quando se fala em demandas por medicamentos, falamos de uma verdadeira enxurrada de ações tendo como destinatário o Poder Judiciário.

Por uma verdadeira exigência de igualdade perante a natureza, as patologias que acometem à saúde humana não selecionam pessoas de acordo com critérios sociais, econômicos, religiosos, etc.; atingem uma infinidade de seres humanos, algumas com proporções arrasadoras.

E basta tal patologia de massa e o seu respectivo tratamento terapêutico não constar dos protocolos clínicos e da RENAME que tal sociedade de litigantes em saúde virá também em massa demandar o seu direito fundamental à saúde no Poder Judiciário. Claro, alguns perecem pelo caminho, seja pela já debilitada saúde, seja pela seletividade social do acesso à justiça.

Enfim, os que conseguem chegar, na maioria das vezes, o fazem através da propositura de ações individuais movidas com recursos próprios ou através de substitutos processuais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. A questão relevante é essa: na esmagadora maioria das vezes, prefere-se a utilização de ações individuais, ainda quando o autor seja um órgão dotado de legitimação coletiva.

Como exemplo, citamos o caso da patologia conhecida como degeneração miópica. O atual contexto da medicina, ainda que não de forma unânime, tem apontado o sucesso do tratamento de tal moléstia mediante o uso de um medicamento *off-label* denominado bevacizumabe (Avastin® ou Lucentis®). No entanto, tanto os protocolos clínicos brasileiros quanto a RENAME não autorizam o uso de tal medicamento, o que culmina na negativa de fornecimento do fármaco ao paciente que foi recomendado a usá-lo. Como a incidência de tal doença – a degeneração miópica – é extremamente comum em idosos, o que acontece é que milhares de pacientes buscam o Poder Judiciário para demandar pelo fornecimento compulsório do aludido medicamento. Como a população brasileira tem envelhecido, tais ações têm se multiplicado, congestionando a via de acesso ao Poder Judiciário e, por consequência, a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional.

E isto porque tais demandas são propostas individualmente por tais pacientes. Cada paciente busca tão somente tutelar individualmente o seu direito à saúde/assistência farmacêutica; quando muito, busca um órgão que é legitimado a propor ações coletivas, os quais, descurando-se de sua posição prestigiada na tutela pelos direitos coletivos, acaba optando por uma simples substituição processual, demandando em favor do paciente também de forma individual.

O verdadeiro caminho para a concretização de uma tutela efetiva em favor do direito à assistência farmacêutica – e, por consequência, do direito fundamental social à saúde – certamente não é este.

Como restou explícito, a demanda por medicamentos não incluso nos protocolos clínicos e na RENAME não é uma demanda unicamente individual e, justamente por isso, não pode ser tutelada tão somente de forma individual, como tem sido corriqueiro.

Existe uma vocação coletiva em tais demandas, haja vista que abarca uma coletividade de pacientes desguarnecidos, dizendo respeito, *lato sensu*, à toda sociedade brasileira que sofre com a inconstitucionalidade por omissão desses instrumentos legais e administrativos.

Possuindo uma inequívoca vocação coletiva, a tutela de tais direitos de forma coletiva poderia se prestar a substituir demandas veiculadas em milhares – em alguns casos, milhões – de ações individuais. Uma infinidade de ações individuais que congestionariam o Poder Judiciário, provocando o moroso desenrolar de uma consequente infinidade de procedimentos, poderiam ser tranquilamente substituídas por uma única ação coletiva.

No entanto, não é isso que tem acontecido.

Os órgãos de legitimação coletiva, ainda que contando com os devidos instrumentos processuais, tem abdicado desse dever, o que só faz agravar o quadro da tutela do direito social à saúde no Brasil.

Por tais razões, a seguir nos dedicaremos a explicitar os fundamentos que embasam a presente tese, a qual preconiza a necessidade da substituição da tutela individual pela tutela coletiva nas demandas por medicamentos em face do Estado.

## 2. FUNDAMENTOS QUE EMBASAM A TESE

Quando nos deparamos com uma relação jurídica problemática que afeta, ao mesmo tempo, uma infinidade de pessoas, existe, basicamente, duas formas promover a tutela jurisdicional dos direitos decorrentes daquela.

Em primeira linha, pode-se buscar cada um desses indivíduos que compõem tal relação jurídica e promover a sua tutela individual; tal se concretizaria com a propositura de uma simples ação buscando o provimento do Poder Judiciário para corrigir os efeitos perniciosos de tal relação jurídica. Assim, existiriam tantas ações individuais quantas fossem as pessoas envolvidas em tal relação jurídica.

Por outro lado, como alternativa à demanda individualizada promovida em nome de cada uma das pessoas que titularizam tal relação jurídica controversa, demonstra-se possível a tutela coletiva, na qual um ente legitimado à defesa de direitos e interesses coletivos *lato sensu* promove uma única demanda ao Poder Judiciário, envolvendo, ao mesmo tempo, todas as pessoas titulares de tal relação jurídica.

No primeiro caso, com a propositura de tantas ações individuais quantas fossem as pessoas envolvidas, estaríamos dando ênfase à estrutura atômica da relação jurídica. Ainda que a relação jurídica seja vocacionalmente coletiva, pois a matéria que embasa o litígio diz respeito à uma coletividade de pessoas, prefere-se repartir a relação jurídica coletiva em várias relações jurídicas individuais. Ora, para fins de tutela jurisdicional, toda relação jurídica coletiva litigiosa pode ser repartida em uma relação jurídica individual, haja vista que várias pessoas a titularizam.

Já no segundo caso, aonde tutela-se coletivamente os direitos envolvidos em tal relação jurídica coletiva, há uma preferência pela estrutura molecular da relação jurídica, uma vez que as várias relações jurídicas que poderiam ser tratadas de forma individual são unificadas em uma única relação jurídica coletiva. É o que se denomina de transposição da estrutura atômica para uma estrutura molecular do litígio.<sup>8</sup>

Dessa forma, tutela-se de forma molecular/coletiva aquilo que também poderia ser tutelado de forma atômica/individual, e isto por um motivo muito simples: efetividade jurisdicional. Afinal, por que tutelar de forma individual milhares de litígios decorrentes de uma relação jurídica coletiva, acarretando mais demandas, mais gastos e enfrentando uma série de mecanismos de entraves ao acesso à justiça (morosidade, custas, carência de recursos para arcar com a demanda)?! A tutela coletiva, certamente, é a mais apropriada para tutelar relações jurídicas coletivas.

E é exatamente aqui que entra o problema das demandas individuais por medicamentos promovidas em face do Estado.

Não se questiona que o direito social à saúde e, mais especificamente, o direito à assistência farmacêutica estabelece uma relação jurídica coletiva entre Estado e sociedade. Assim que a Constituição de

---

<sup>8</sup> WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e problemas emergentes da praxis forense*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1992, nº 67, p. 15;

1988 e, no plano infraconstitucional, a Lei n. 8.080/90 estabeleceram o direito à assistência farmacêutica à toda sociedade, criou-se uma inequívoca relação jurídica coletiva, da qual são titulares todos aqueles que comumente titularizam direitos fundamentais (não só o brasileiro, mas toda pessoa na condição de ser humano).

No entanto, quando tal relação jurídica entre Estado e sociedade se torna controversa, o que ocorre pelo fato de o Estado não prestar a devida assistência farmacêutica a quem dela necessita, há uma significativa lesão ao direito fundamental social à saúde, atingindo uma infinidade de pessoas que carecem de igual direito.

Quando o Estado é omissivo em incluir o tratamento de determinada moléstia nos protocolos clínicos e, por consequência, promover a inclusão dos medicamentos necessários ao enfrentamento da patologia na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), denota-se que várias pessoas que precisam de tais medicamentos são lesadas. Trata-se de uma lesão decorrente de uma origem comum: a omissão estatal.

Dessa forma, cada um dos pacientes lesados possui algo em comum, que é a relação jurídica ocasionada pela própria lesão provocada pelo Estado. Portanto, há necessidade de um trato homogêneo dessas relações jurídicas, haja vista que é possível o estabelecimento de uma tese geral que poderia tutelar todos os direitos envolvidos em tais relações Estado-pacientes.

Tem-se aqui o que se chama de direitos individuais homogêneos, que são aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão. De acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o que esses direitos têm em comum é a procedência; a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, envolvendo questões de direito ou de fato, que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva.<sup>9</sup>

A lesão provocada pela conduta omissiva do Estado no fornecimento do medicamento é que une, de forma homogênea, todos os pacientes que necessitam de tal fármaco.

Eis a razão pela qual não se pode tutelar de forma individual o direito de cada um desses pacientes! Promover a tutela atômica e individualizada de cada um desses pacientes seria uma atividade infinita que esbarraria na inefetividade jurisdicional. O Poder Judiciário não é capaz de solucionar todas essas demandas individuais, que certamente congestionam e travam a prestação da tutela jurisdicional. A demora que cada uma dessas ações enfrenta até o provimento final costuma ser fatal; mormente quando não há a concessão de tutelas de urgência. A saúde é algo que não pode ficar vinculada à costumeira morosidade que acomete o Poder Judiciário.

Dai a razão pela qual se demonstra preferível realizar uma tutela molecular e coletiva dos direitos individuais homogêneos decorrentes da omissão do Estado no fornecimento de medicamentos necessários à salvaguarda da saúde de uma vasta parcela da sociedade brasileira.

Com uma única ação coletiva que englobasse todas as relações jurídicas individuais homogêneas, seria possível a realização de uma efetiva tutela coletiva, permitindo ao Poder Judiciário dar um tratamento unificado e igualitário à questão.

Seria a única forma de concretizar à igualdade perante a jurisdição, concedendo tratamento igual a todos aqueles pacientes que necessitam do mesmo medicamento a ser fornecido pelo Estado, o que, em ações individuais, poderia ocasionar tratamento diferenciado pela falta de coerência dentro do próprio Poder Judiciário.

De igual modo, seria a única forma de universalizar o acesso à justiça, permitindo que um único procedimento alcançasse uma infinidade de pacientes, os quais poderiam, com o provimento da ação coletiva,

---

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo – Vol. 04 – Processo Coletivo*. 8ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2013.



promover a execução individual do seu direito à assistência farmacêutica. Assim, haveria apenas um procedimento jurisdicional que abarcaria todos os pacientes que se encontrassem em iguais condições.

E o ordenamento jurídico brasileiro não foi relapso quanto a estabelecer mecanismos de tutela coletiva. Atendendo aos reclamos do regime dos direitos e garantias fundamentais, os quais também devem ser compreendidos como direitos à organização e procedimentos aptos a concretizá-los, como ensina José Joaquim Gomes Canotilho<sup>10</sup>, o direito brasileiro previu a existência de ações coletivas.

Existe, no ordenamento jurídico pátrio, aquilo que se denomina de microsistema de tutela coletiva. Este microsistema abarca uma série de leis voltadas à tutela coletiva, sendo composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei n. 12.016/09), Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e do Idoso (Lei n. 10.741/03). Tais normas se interpenetram e se complementam, formando um todo, que é o microsistema de tutela coletiva.

Em tais disposições normativas, assim como na própria Constituição Federal, encontramos uma série de legitimados coletivos, os quais nada mais são do que entes que possuem aptidão para, em juízo e fora dele, defender direitos e interesses coletivos. Na tutela jurisdicional coletiva, fazem o papel de legitimados extraordinários, uma vez ingressam em juízo para tutelar uma relação jurídica que não lhes pertence, haja vista que esta pertence a uma coletividade. Sendo assim, estes possuem apenas a legitimidade coletiva para, através do processo, defender tais direitos em nome de toda uma coletividade.

Como legitimados coletivos de maior destaque no contexto brasileiro, temos o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ambas instituições foram incumbidas pela Constituição Federal a defender interesses e direitos coletivos: o Ministério Público, os direitos coletivos em geral; a Defensoria Pública, os direitos coletivos que envolvam necessitados.

Quanto à defesa do direito social à saúde e da assistência farmacêutica, temos visto que tem sido expressiva a atuação de ambas instituições.

É bem verdade que, no atual contexto histórico-institucional, tais instituições tem pregado um discurso muito mais conciliatório e apaziguador do que litigioso, com vistas à solução amigável dos eventuais conflitos entre paciente e Estado em matéria de saúde pública. Mormente o Ministério Público, o qual costuma valer-se em grande escala dos termos/compromissos de ajustamento de conduta para melhor gerir os problemas que envolvem o direito à saúde. Nesse ponto em particular, merece encômios essa prática conciliatória praticada em ambas instituições, uma vez que tem se mostrado uma poderosa ferramenta de aproximação entre paciente e Estado, diminuindo o número de demandas propostas e evitando a postergação da solução dos litígios em saúde.

No entanto, diverso é o quadro que se apresenta quanto à judicialização dos conflitos em matéria de saúde. Não compreendendo essa missão constitucional de ímpar relevância que é a de tutelar direitos e interesses coletivos, o Ministério Público e a Defensoria Pública, quando a questão é a demanda por medicamentos em face do Estado, costuma promover unicamente ações individuais em nome de cada paciente. Essa opção pela tutela atômica/individual é extremamente perniciososa, uma vez que, além de acarretar um desnecessário acréscimo de trabalho para si mesmo, congestionam o Poder Judiciário, o qual é incapaz de julgar com efetividade todas essas demandas.

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Como funções essenciais à justiça, não é este o papel que se espera dessas instituições. Pelo contrário, como instituições de evidente feição democrática, o Ministério Público e a Defensoria Pública deveriam privilegiar o trato coletivo dessas questões de saúde pública, primando por uma tutela mais efetiva e universal, possibilitando que todo paciente que necessite de medicamentos para tratar a sua patologia possa estar abarcado em um único procedimento jurisdicional.

No mais das vezes, o que vemos é tais instituições agindo como meros substitutos processuais em nome de um e outro paciente. Isto é inadmissível, uma vez que, tratando-se de legitimados coletivos, deveriam priorizar a tutela coletiva, garantindo que a atividade jurisdicional alcance o maior número possível de lesados pela conduta omissiva estatal.

Sendo assim, quando se trata de demandas por medicamentos em face do Estado, as ações coletivas precisam ser utilizadas em detrimento das milhares de ações individuais. O procedimento jurisdicional das ações individuais é incompatível com a magnitude do objeto litigioso.

O instrumento processual de tutela coletiva, por excelência, é a ação civil pública, uma vez que o seu procedimento é o mais apto a tutelar direitos coletivos como o direito à assistência farmacêutica. Suas particularidades procedimentais (ampla publicidade, publicação de editais, possibilidade de resolução amigável mediante TAC/CAC, tutelas de urgência mais abrangentes, etc.) a colocam em um patamar de maior efetividade quando comparadas às ações individuais.

Tanto o procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública quanto o próprio procedimento comum ordinário são incompatíveis com a tutela coletiva. Tais procedimentos se prestam unicamente para tutelar litígios individuais, e não coletivos. Mormente quando vemos o Superior Tribunal de Justiça afirmando que não há óbice para que os Juizados Especiais da Fazenda Pública procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo; trata-se de uma consequência maléfica da opção pela tutela individual em detrimento da tutela coletiva.<sup>11</sup>

Por óbvio que existirão casos em que será necessário a propositura de ação individual para tutelar casos específicos, principalmente quando existe uma urgência manifesta em razão do quadro clínico do paciente. O que não se admite é que a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública parem por aí, tão somente na tutela individual de um determinado paciente. Identificando uma lesão coletiva, devem tais instituições, no âmbito de suas atribuições, promover as devidas ações coletivas que beneficiarão uma infinidade de pacientes.

Dessa forma, com o procedência de uma ação coletiva que demande um medicamento específico em face do Estado, forma-se a coisa julgada coletiva, restando ao paciente tão somente proceder a sua liquidação e execução individual – procedimento muito mais simplificado do que a repropositura de idêntica demanda individual.

Trata-se, pois, da tutela molecular/coletiva dos litígios que envolvem a demanda por medicamentos em face do estado: a única forma de se conceder uma tutela efetiva a tal faceta do direito social à saúde que é o direito a assistência farmacêutica integral.

### **3. CONCLUSÃO**

---

<sup>11</sup> AgRg no REsp 1354068/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015;

Conclui-se, portanto, que, estrategicamente as demandas coletivas devem ser comiseradas, sem prejuízo das ações individuais, como forma alternativa de lidar com o fenômeno que se denomina de “sociedade de litigantes em saúde”. As demandas por medicamentos em face do Estado se caracterizam por veicular, muitas vezes, inequívocas relações jurídicas coletivas. A omissão estatal na inclusão de protocolos clínicos para o tratamento de determinadas patologias e a conseqüente ausência de inclusão dos devidos medicamentos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais origina uma lesão apta a caracterizar a existência de direitos individuais homogêneos que envolvem todos os pacientes lesados pela conduta omissiva estatal.

Sendo assim, considerando que a ofensa ao direito à assistência farmacêutica – sendo este uma faceta do direito social à saúde – caracteriza uma relação jurídica coletiva, deve-se, estrategicamente, sem prejuízo da ação individual, optar pela tutela coletiva de tal direito, quando possível.

Os entes que possuem legitimação coletiva – em especial, o Ministério Público e a Defensoria Pública – devem privilegiar a estrutura molecular do litígio de massa, tutelando relações jurídicas coletivas através de ações coletivas, tendo em vista que a tutela atômica/individual é insuficiente para lidar com a nobreza do objeto litigioso em questão.

Fazendo isso, estar-se-ia, de fato, promovendo uma tutela mais democrática e universal, possibilitando que todo paciente que careça de um medicamento para o tratamento de determinada patologia seja abarcado pela ação coletiva proposta, facilitando a sua concretização.

#### **4. BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional – Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Coletivo – Vol. 04 – Processo Coletivo. 8ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET. Publicação trimestral – Ano I – nº 1 – Curitiba, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1992, nº 67, p. 15.

***DA UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS DE  
JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMO  
FORMA DE REESTABELEECER AS  
RELAÇÕES JURÍDICAS AFETADAS  
COM A PRÁTICA DE ATOS  
INFRACIONAIS DE PEQUENO  
POTENCIAL OFENSIVO.***

*LARISSA HAICK VITORASSI BATISTIN  
ANDRESSA BREMM*

As práticas de Justiça Restaurativa são instrumentos eficazes para reestabelecer as relações jurídicas afetadas com a prática de atos infracionais de pequeno potencial ofensivo, ainda na fase pré-processual, atendendo ao comando do Art. 35, Incisos II e III, da Lei nº 12.594/12 (Sinase).

**Da utilização de práticas de JUSTIÇA RESTAURATIVA, como forma de reestabelecer as relações jurídicas afetadas com a prática de atos infracionais de pequeno potencial ofensivo.**

Larissa Haick Vitorassi Batistin- Promotora de Justiça  
Andressa Bremm- Assistente Social MPPR

## **1. SÍNTESE DA PROPOSIÇÃO**

Na prática diária das Promotorias de Justiça que atuam na socioeducação de adolescentes em conflito com a lei, é evidente a ineficácia das medidas socioeducativas para apaziguar as relações sociais abaladas com a prática de atos infracionais cometidos no ambiente familiar, escolar ou comunitário, em razão do desprezo da figura da vítima no procedimento regular de apuração do ato infracional. Diante da implementação de nova cultura, eminentemente restaurativa, mormente pelo art. 35, incisos, II e III, da Lei nº 12.594/12, que instituiu o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), faz-se necessário desenvolver projetos para efetivar tal comando legislativo. Defende-se a possibilidade de utilização da metodologia da Justiça Restaurativa, na fase pré-processual, nos atos infracionais análogos aos delitos de pequeno potencial ofensivo, visando proporcionar às partes a solução de seus conflitos sem a necessidade de intervenção estatal. Em Cascavel-PR, o Ministério Público está se desenvolvendo projeto setorial neste sentido, com apoio de um Núcleo Comunitário de Justiça Restaurativa, sendo que as partes, após concordarem participar da prática, apoiadas por facilitadores capacitados, na metodologia de pré-círculos e círculos, procuram a solução restaurativa para suas questões, em atos infracionais de pequeno potencial ofensivo, onde se busca responsabilizar o ofensor, reparar os ofendidos e restaurar a relação abalada com a prática infracional. Para uma evolução satisfatória da cultura restaurativa, entende-se necessário que sejam apoiados projetos pedagógicos junto às escolas que auxiliem no desenvolvimento de um novo paradigma cultural voltado não mais ao embate e individualismo, que desenvolva nos indivíduos a capacidade de empatia e a cultura da paz.

## **2. PROPOSTA DE ENUNCIADO**

As práticas de Justiça Restaurativa são instrumentos eficazes para reestabelecer as relações jurídicas afetadas com a prática de atos infracionais de pequeno potencial ofensivo, ainda na fase pré-processual, atendendo ao comando do art. 35, incisos II e III, da Lei nº 12.594/12 (SINASE). Devendo se destacar que para construção de uma cultura restaurativa, o Ministério Público deve apoiar projetos educativos que desenvolvam a cultura pacificadora e empática.

### 3. JUSTIFICATIVA

A ineficácia da aplicação das medidas socioeducativas tradicionais: advertência, prestação de serviços à comunidade e mesmo da reparação do dano, pela falta de caráter reflexivo destas medidas, para alguns atos infracionais de pequeno potencial ofensivo - ocorridos no ambiente escolar, familiar ou comunitário - é um problema evidente na prática das Promotorias de Justiça.

Mesmo com a execução a contento de tais medidas em sede de remissão, ou mesmo após condenação em processo para apuração de ato infracional, há a percepção de que, após a prática do ato infracional, as relações permanecem, via de regra, abaladas. A título de exemplo: o fato do adolescente cumprir, por exemplo, uma medida de prestação de serviços a comunidade, após praticar um ato de violência (sem caracterizar lesão grave) na escola, resguardado o sigilo que é conferido ao procedimento de apuração do ato infracional, não o redime perante a comunidade escolar. Ele continua, mesmo após cumprida a medida socioeducativa, marginalizado na escola, e a vítima permanece, via de regra, com a sensação de impunidade, fatores que contribuem para aumentar o descrédito na Justiça, e ainda, a falsa crença de que, em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente, nenhum tipo de responsabilização caberia ao autor de ato infracional. Da conclusão de que estas consequências poderiam determinar, muitas vezes, a reincidência específica nestes atos de natureza leve, ou ainda, diante da ausência de solução efetiva do problema que levou a prática da infração, poderiam motivar situações ainda mais gravosas, surgiu a necessidade de se buscar alternativas para solução destes conflitos.

Considerando o acima exposto e, com a implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, passou-se a adotar um sistema de responsabilização essencialmente restaurativo, como objeto prevalente nas medidas socioeducativas, sendo que se enuncia como base deste sistema no art. 1º, §2º, inciso I, a responsabilização do adolescente pelo seu ato, sempre que possível incentivando sua reparação. E ainda de forma bastante específica, com o Art. 35, incisos, II e III, da mesma Lei nº 12.594/12, privilegiando a Justiça restaurativa e seu meio de autocomposição de conflitos como resposta prioritária à atuação infracional juvenil, quando dispõe sobre a “excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se os meios de autocomposição de conflitos” e “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e atendam às necessidades das vítimas”, entende-se como imperioso tornar realidade efetiva estes comandos legais.

Ademais, devem ser levadas em conta ainda as recomendações internacionais sobre a aplicação de Justiça Restaurativa como a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) bem como a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Considerando todos os pressupostos fáticos e jurídicos antes enumerados, a 12ª Promotoria de Justiça de Cascavel, apoiada pelo Setor Psicossocial/Unidade de Serviço Social – 6ª URATE, Univel- Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, Núcleo Regional de Educação de Cascavel e Núcleo Comunitário de Práticas de Justiça Restaurativa de Cascavel (em parceria com o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular - CEDHEP), desde 2013 vem propondo a aplicação de práticas de Justiça restaurativa para autocomposição de

conflitos, quando evidenciada a prática atos infracionais de pequeno potencial ofensivo. Tendo iniciado o projeto com conflitos ocorridos nas escolas, na vizinhança, nas famílias, sem que esteja caracterizada, lesão grave.

O projeto teve início no final do ano de 2013, quando a 12ª Promotoria de Justiça de Cascavel/PR, em uma reunião com a Rede de Atenção e Proteção Social do município de Cascavel (Comissão da Criança e Adolescente), teve conhecimento da existência da atuação de um grupo de facilitadores capacitados em Justiça Restaurativa pelo Centro de Direitos Humanos de Campo Limpo, junto a Pastoral Carcerária, na Comarca de Cascavel, propondo a equipe o início da atuação junto a Vara da Infância e Juventude.

Inicialmente, a equipe de facilitadores promoveu um encontro com a equipe da 12ª PJ e equipe do Setor Psicossocial oferecendo uma capacitação inicial sobre noções e fundamentos de Justiça Restaurativa sendo que, nesta mesma oportunidade, os facilitadores receberam noções dos trâmites do procedimento para apuração de ato infracional. Ajustando-se que em um primeiro momento, a resolução dos conflitos através da Justiça Restaurativa seria proposta ao adolescente que admitisse a prática de um ato infracional de pequeno potencial ofensivo, que abalasse uma relação pessoal significativa (na família, escola ou comunidade) logo na oitiva informal. Mediante concordância do adolescente, pré-círculos<sup>1</sup> e círculos<sup>2</sup>, para resolução do conflito, seriam realizados ainda em fase pré-processual. Sendo que, se a situação se resolvesse positivamente, seria proposta remissão pura e simples ao adolescente, considerando a superação do conflito.

O Juízo da Vara da Infância e Juventude de Cascavel foi informado da parceria, e permitiu a abertura de vista dos processos aos facilitadores capacitados, previamente habilitados em Juízo, que foram advertidos do sigilo das informações dos processos. O Juízo, a pedido do Ministério Público, também passou a suspender os feitos enquanto são realizados os círculos (encontros com os envolvidos) para solução dos conflitos.

Deve-se ressaltar que para que o processo restaurativo tenha êxito, é de extrema relevância, que seja realizada a indagação, sobre o desejo ou não de participar das práticas restaurativas, primeiramente ao ofensor<sup>3</sup>. Tal necessidade leva em consideração os Art. 7º e 8º da Resolução 12 de 2002 da ECOSOC, os quais dispõem, respectivamente que “processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor” “A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso, sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo” (CEDHEP, 2014, p. 48).

Ademais, pela própria experiência dos facilitadores, pontuou-se que caso esta indagação do desejo de participação fosse realizada, primeiramente, com o ofendido<sup>4</sup> (e este assentisse) e, posteriormente, se indagasse o ofensor (e este se negasse a participar de tais práticas) o ofendido se sentiria revitimizado.

---

<sup>1</sup> Pré-Círculo é o momento em que o facilitador formado em práticas de justiça restaurativa, realiza com os envolvidos a reflexão não só como eles próprios foram afetados pela situação, mas também como outras pessoas o foram (CEDHEP, 2013, p. 18). São realizados deste modo, pré-círculos com todas as pessoas afetadas (ofensor, ofendido e comunidade de apoio indicada). O pré-círculo objetiva sensibilizar os apoiadores a apoiarem a resolução do problema de forma não violenta.

<sup>2</sup> Círculo Restaurativo é um processo pelo qual os envolvidos em uma situação de resolução de conflito sentam-se em uma roda e falam, um de cada vez, a fim de construir uma fala comum que resultará na construção conjunta de um Acordo/Plano de ação para a reparação de danos decorrentes de ato ofensivo. Teve origem nos processos sociais das culturas aborígenes da Nova Zelândia e Canadá para lidar com o crime e com as transgressões. (CEDHEP, 2014, p. 40). Este processo é mediado por um facilitador, o qual tem o papel de facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo, recebe o auxílio de um co-facilitador (CEDHEP, 2014, p. 38)

<sup>3</sup> Pessoa que causou o dano a outrem, no caso, adolescente.

<sup>4</sup> Pessoa que sofreu o dano.

DA UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMO FORMA DE REESTABELECEER AS RELAÇÕES JURÍDICAS AFETADAS COM A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO.

Após a concordância do autor do ato infracional, pede-se ao Juízo a suspensão do procedimento, para tentativa de composição, e o caso é encaminhado aos facilitadores voluntários capacitados pelo CDHCL, credenciados junto à Vara da Infância e Juventude. Estes estudam o caso e realizam reuniões com o ofensor e sua comunidade de apoio, e a vítima e sua comunidade de apoio, os chamados pré-círculos, para que todos possam expor suas impressões sobre o fato. São realizados tantos pré-círculos quantos sejam necessários para amadurecer as partes para o encontro, chamado círculo, no qual, as partes tentarão, mediante auxílio de técnicas dos facilitadores, autocompor o conflito. Também neste círculo são realizados encaminhamentos protetivos a todos os envolvidos. Após, é realizado um pós-círculo para que se verifique se todos cumpriram com o acordado, e caso a composição tenha sido exitosa, o Ministério Público propõe ao Juízo a remissão pura e simples.

Paralelamente a esta iniciativa, no mês de maio de dois mil e catorze, por sua vez, foi iniciada a formação dos professores da rede estadual, tendo em vista a parceria estabelecida entre o NCPJR e o Núcleo Regional de Educação de Cascavel. Tal iniciativa recebeu apoio da Promotoria, considerando a necessidade da realização de um trabalho preventivo nas escolas, de consolidação da cultura de paz e também buscando evitar a judicialização crescente de demandas oriundas das escolas.

A escola, como se sabe, em razão da diversidade e da pluralidade é palco constante de conflitos interpessoais, os quais muitas vezes desencadeiam-se para a violência. O fenômeno da violência escolar há muito tem chamado à atenção e é necessária a atuação de todos para o enfrentamento do problema.

Neste contexto desafiador, considerou-se que as ferramentas e as habilidades da Justiça Restaurativa poderiam colaborar para uma melhoria na prevenção e na resolução de conflitos escolares. A Justiça Restaurativa poderá ainda transmitir os preceitos fundamentais relacionados ao bom convívio escolar e social, permitirá conscientizar as crianças e os adolescentes a protagonizarem os valores éticos, as responsabilidades sociais e ao aprendizado de habilidades que estimulem o diálogo, a cooperação e a solução pacífica dos conflitos. Elas dão um destaque especial no desenvolvimento de valores essenciais às crianças e aos jovens, tais como o respeito, a empatia, a responsabilidade social e a autodisciplina.

Ainda, estabeleceu-se que as práticas restaurativas nas escolas poderão ser usadas em dois níveis: primário e secundário. O nível primário busca melhorar o relacionamento escola-família-comunidade, fortalecer o diálogo entre todos, promover a melhoria do vínculo da comunidade escolar, a comunicação não-violenta, as atividades pedagógicas restaurativas, em suma, construir um trabalho proativo de comunidade escolar segura, democrática e respeitável, numa cultura de paz. O nível secundário, por sua vez, é usado para a restauração e reparação das relações através do diálogo, da comunicação não-violenta e das reuniões restaurativas (mediações e círculos restaurativos). O foco do nível secundário está em reconectar, consertar e reconstruir relações<sup>5</sup>.

Neste sentido, cabe mencionar que, até o presente momento foram encaminhados 32 casos através da Promotoria da Infância e Juventude (área do Ato Infracional) e 03 pelo Núcleo Regional de Educação (NRE). Foram realizados um total de 224 atendimentos (entre pré-círculos, círculos e pós círculos). Participaram destes círculos um total de 188 pessoas tendo uma média de 5 a 6 participantes por caso. Sendo em média 02 a 03 pré-círculos por pessoa.

---

<sup>5</sup> Atualmente está em andamento um projeto piloto no Colégio Estadual Marcos Claudio Schuster, que visa torná-lo o primeiro colégio restaurativo de Cascavel. A parceria iniciou ainda no ano de 2013.



Dos trinta casos, seis não resultaram em autocomposição, por falta de adesão de uma das partes (em quatro dos casos as vítimas não aceitaram participar da composição). E dos casos em que houve composição, 85 % dos adolescentes não reincidiram na prática de nenhum ato infracional.

Dos pós-círculos realizados vários deles foram significativamente satisfatórios. É absolutamente possível vislumbrar a modificação da lógica do poder Estatal, que se impõe sobre a vontade das partes, e verificar a possibilidade de amadurecimento de cidadania, a implementação do “poder com”, no qual a comunidade conecta-se positivamente, responsabiliza-se pelos danos, e procura promover positivamente transformações

Na realidade, a implementação da Justiça Restaurativa trata-se de uma mudança axiológica significativa e necessária. Vez que, a cultura do embate, da imposição demonstra-se ineficaz como resposta de diversas demandas. Mas esta, só irá alcançar sucesso, quando as novas gerações estiverem efetivamente preparadas para a comunicação empática, o que só será feito através da educação, daí a absoluta importância do viés preventivo.

#### 4. Conclusões

- 1- As práticas de Justiça Restaurativa são instrumentos eficazes **para reestabelecer as relações jurídicas afetadas com a prática de atos infracionais de pequeno potencial ofensivo, ainda na fase pré-processual, atendendo ao comando do art. 35, incisos II e III, da Lei nº 12.594/12 (SINASE).**
- 2- Para construção de uma cultura restaurativa o Ministério Público deve apoiar projetos educativos que desenvolvam a cultura pacificadora e empática.

#### 5. Referências bibliográficas e jurisprudenciais

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal n. 8.069/90. Curitiba: Instituto de Ação Social do Paraná, 2005.

\_\_\_\_\_. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Secretaria Especial de Direitos Humanos; Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Lei Federal nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)>. Acesso em 17/Jun/2015.

BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. Tese de Doutorado apresentada a Universidade de São Paulo, 2011, p. 246.

CASCAVEL. **Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo de Cascavel**. Comissão Intersetorial de Socioeducação de Cascavel (CISVEL). CMDCA: 2014.

DA UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, COMO FORMA DE REESTABELECEER AS RELAÇÕES JURÍDICAS AFETADAS COM A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO.

CENTRO de Estudos Avançados do Governo (CEAG) e UNIVERSIDADE de Brasília (UNB). **Justiça Restaurativa**. In: Capacitação para operadores do SINASE. Módulo IX. 2013.

CENTRO de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CEDHEP). Relatório final de projeto. Novas metodologias de justiça restaurativa com adolescentes e jovens em conflito com a lei. **Justiça restaurativa juvenil**: conhecer, responsabilizar-se, restaurar. São Paulo: CDHEP, 2014.

\_\_\_\_\_. **Tecendo Redes de cuidado**: fortalecimento do Sistema de Garantia de Direitos da criança e do adolescente e práticas de Justiça Restaurativa 2011-2013. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH).

COSTA, Ana Paula Motta. **Adolescência, violência e sociedade punitiva**. In: *Revista Serviço Social e Socioedade*. São Paulo: CORTEZ EDITORA, ano XXVI, n° 83, 2005, p. 63-83.

FONACRIAD; VOLPI, Mario; SARAIVA, João Batista; JÚNIOR, Rolf Koerner. **Adolescentes privados de liberdade**: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal. São Paulo: CORTEZ EDITORA, 5ª ed. 2011

IAMAMOTO, Marilda Vilela. Capital Fetiche, questão social e Serviço Social. In: **Serviço Social em tempos de capital fetiche**: capital financeiro, trabalho e questão social. 8ª ed – São Paulo: CORTEZ EDITORA, 2014, p. 105-208.

NÚCLEO comunitário de práticas de Justiça Restaurativa de Cascavel (NCPJR). Dados estatísticos obtidos no ano de 2014.

SANTOS, Djalma. **Elucidação de crimes contra a vida em Cascavel bate recorde em 2014**. Disponível em: <http://www.cbncascavel.com.br/elucidacao-de-crimes-contra-a-vida-em-cascavel-bate-recorde-em-2014/>. Acesso em 18/Jun/2015.

***A RESPONSABILIDADE DO  
PREFEITO MUNICIPAL POR ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA,  
QUE ATENTA CONTRA OS  
PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA ANTE À OMISSÃO DE  
VIABILIZAÇÃO DE INSTRUMENTO  
DEMOCRÁTICO PREVISTO NO  
ESTATUTO DA CIDADE, BEM COMO  
AUSÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO  
NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA”.***

*ELAINE CARVALHO CASTELO BRANCO*

O Prefeito Municipal será responsabilizado, nos termos da Lei 8.429/92, Se deixar de viabilizar instrumento democrático de audiência pública, previsto no estatuto da cidade, ou deixar de publicar relatório final e demais documentos, produzidos em referida audiência pública, no Portal da Transparência do Município, conforme imposição da Lei 12.527/2011” ( Lei de Acesso à Informação)

XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
TEMA CENTRAL: OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA  
ERA DIGITAL

**“A Responsabilidade do Prefeito Municipal por ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública ante à omissão de viabilização de instrumento democrático previsto no Estatuto da Cidade, bem como ausência de disponibilização no portal da transparência”.**

*Elaine Carvalho Castelo Branco<sup>1</sup>*

Área de atuação: Cível Especializada

**RESUMO:** Pretende-se com essas breves considerações refletir sobre a responsabilização do gestor municipal por ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, em face de sua omissão pela não viabilização do instrumento democrático, de realização de audiência pública, prevista no Estatuto da Cidade, bem como com a realização a falta de disponibilização dos dados no Portal da Transparência.

Para tanto, se tecerá um breve comentário sobre a lei **Lei 8.429/92**, ( Improbidade Administrativa) a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que foi editada com o desiderato de regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, e a Lei 12.527/2011, de Acesso à informação.

**Palavras Chaves:** 1. Constituição Federal; 2. Improbidade administrativa; 3. Estatuto da Cidade; 4. Gestão democrática. 5. Acesso á informação.

## 1- EXPOSIÇÃO

### 1.1 Noções Introdutórias e Lei 8.429/92.

A Carta Magna de 1988, ao tratar do tema amplo do objeto da questão que ora se expõe, trouxe, expressamente no caput do art. 37, os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, quais sejam o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, mais recentemente com o advento da Emenda constitucional n.º 19/98, o princípio da eficiência.

Segundo o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa 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, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada”.

O Princípio da Legalidade é considerado o mais importante princípio da Administração Pública, do qual decorrem todos os demais. Caracteriza-se como diretriz e limitador da atuação do gestor público, ao qual só é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza, a teor do que é extraído da Carta Magna em seu Art. 5º, II que dispõe:

*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*

O princípio da Impessoalidade, é o princípio que obriga a Administração em sua atuação, a não praticar atos visando aos interesses pessoais ou se subordinando à conveniência de qualquer indivíduo, mas sim, direcionada a atender aos ditames legais e, essencialmente, aos interesses sociais.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará - MPPA. Promotora de Justiça Titular da 5ª. Promotoria de justiça de defesa do Patrimônio Público e da Moralidade administrativa de Belém.Doutoranda em Direito na Universidad Del Museo Social argentino- UMSA, BUENOS AIRES. Especialização em direito ambiental e políticas pública. Especialista em direito penal e processo penal.

Sobre o princípio da moralidade que deve nortear a conduta de todo administrador, deve ser no sentido de que, embora se pautar na legalidade, terá que ser obrigatoriamente uma conduta de acordo com os ditames éticos e morais presentes atualmente na sociedade.

Nesse sentido, vale à pena os ensinamentos do grande mestre de Marino Pazzaglini Filho:

“A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito”.

Em face do princípio da publicidade, como norte de todo administrador público, a este é imposto o dever de dar transparência aos atos do Poder Público, como ensinava Hely Lopes Meirelles:

“Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

Em brilhante, exposição sobre o princípio da eficiência Alexandre de Moraes, assim alinhava:

“ Princípio da eficiência é aquele que 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, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum”.

Sobre o tema improbidade administrativa, a Constituição o fez em seu artigo 37, 4º , dispondo, que 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.

Assim, foi necessário com os avanços seguintes a edição da 8.429/92.

À luz da legislação mencionada adotada podemos observar três modalidades de atos de improbidade administrativa, que estão previstos nos artigos 9º, 10º e 11º .

São considerados atos de improbidade administrativa os atos administrativos, as condutas dolosas ou culposas, sejam elas omissivas ou comissivas, **que importam em enriquecimento ilícito, ( art. 9º.) que geram prejuízo ao erário público (art. 10) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).**

Interessa aqui o estudo do ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei n.º 8.429/92, ou seja, aquele que atenta contra os princípios que regem a administração pública.

No tocante ao ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, observamos ser qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições,<sup>2</sup>.

É o seguinte o teor da caput do artigo 11 da mencionada lei:

Art. 11 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:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

Da simples leitura do dispositivo legal é possível concluir que não há necessidade de caracterização do dano.

Apesar das inúmeras discussões a respeito da constitucionalidade ou não da Lei no. 8.429/92, que trata da Improbidade Administrativa, é nela que o Ministério Público se respalda para poder agir em prol da defesa do patrimônio público diretamente ligado à fiscalização dos atos administrativos dos agentes públicos.

Assim, a fim de que possa proteger um direito do cidadão, nada mais atuante do que o Ministério Público se valer dos princípios que vai buscar na lei de improbidade.

E complementando a transparência que deve nortear os atos da administração pública, o mesmo artigo 37, da Constituição Federal, em seu § 3º, II, complementa, *in verbis*:

“ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - ....

---

<sup>2</sup> Artigo 11 da Lei 8.429/92 ( improbidade administrativa). “ 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:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

**II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo,** observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Omissis.

Referido inciso XXXIII, do artigo 5º. da Carta Magna, dispõe que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011).

Nos termos, também, do § 2º do artigo 216 da mesma Carta Maior, constata-se que cabe à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011).

Mais adiante se abordará especificamente, esse acesso à informação.

### **1.2- A Lei n.º 10.257- Estatuto da Cidade**

A Constituição Federal de 1988, ao traçar as linhas gerais referentes à política urbana em seus arts. 182 e 183, define a adoção de um planejamento de política urbana como instrumento essencial à consecução dos objetivos de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput/CF).

A Lei n.º 10.257, de 11 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, foi editada para regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Magna de 1988, traçando os objetivos da política urbana no Município e ditando diretrizes e princípios gerais para o processo de construção e manutenção da cidade. Destina-se a desenvolver sustentavelmente as cidades, de maneira planejada, justa e consistente, visando uma excelente qualidade de vida para a atual e as futuras gerações.

Partindo dessa análise, dentre as diretrizes gerais para a política urbana traçadas pelo Estatuto da Cidade, a presente proposição tem seu respaldo no disposto no artigo 2º, inciso II que dispõe:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I-.....

II – **gestão democrática** por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. (grifo nosso)

Constata-se, portanto, ser diretriz fundamental da política urbana a garantia da **gestão democrática** municipal, a ser obtida mediante a **participação da população** e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

E partindo dessa diretriz, ainda, no capítulo IV, que destinou à Gestão democrática da cidade, para garantia dessa gestão dispôs no artigo 43:

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- V – (VETADO)

Referida Lei, após definir uma série de novos institutos jurídicos, destinados a proporcionar aos administradores das cidades fórmulas, em tese, capazes de garantir o melhor aproveitamento dos espaços físicos habitáveis, elencou uma série de situações capazes de configurar prática de ato de improbidade administrativa, evidenciando preocupação com a possibilidade de seus novos instrumentos virem a ser aplicados de forma distorcida, em detrimento do bem comum.

Portanto, os princípios que regem a administração pública, devidamente previstos na Carta Magna de 1988 em seu art. 37, “caput”, devem ser o norte a pautar a execução de todos os atos destinados à concretização dos institutos previstos no Estatuto da Cidade, sob pena de poderem estes se caracterizar como atos de improbidade administrativa e/ou atos administrativos nulos de pleno direito, em razão de eventuais desvios de finalidade.

### **1.2.1 Atos de improbidade previstos na Lei nº 10.257/2001**

O art. 52 do estatuto da Cidade, prevê uma série de atos que enquadra como de improbidade administrativa, atribuíveis aos Prefeitos e ao Governador do Distrito Federal, o que se conclui interpretando de forma harmônica o teor desta norma com a do art. 51 do mesmo diploma legal.

Constata-se, ainda, que os atos apontados como de improbidade em referida Lei, (Estatuto da Cidade) podem ser, também, imputáveis a outros agentes públicos ou a particulares que, de qualquer forma, concorram para a prática do ato ou dele se beneficiem, a teor do que dispõe o “caput” do art. 52, em sintonia com o teor dos arts. 2º e 3º da Lei de improbidade administrativa.

Constata-se que a teor do que dispõe o art. 52 do Estatuto da Cidade, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, “sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis”, senão vejamos in verbis:

**Art. 52.** Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

**I - (VETADO)**

**II -** deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;

**III -** utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

**IV -** aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

**V -** aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;



VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

**VII** - deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

**VIII** - adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado. ( grifo nosso)

Entretanto, todas as situações elencadas no art. 52 do Estatuto da Cidade só poderão ser consideradas atos de improbidade caso se enquadrem em um, ou em mais de um, dos tipos previstos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, pois são esses os dispositivos de lei que definem as hipóteses de ato que se constituem improbidade administrativa.

Para o tema em comento nos interessará propriamente a conduta prevista no inciso VI, do referido artigo 52, Lei 10.257/2001, que em outras linhas dispõe que incorre em improbidade administrativa o prefeito **que impede ou deixa de garantir os requisitos contidos nos incs. I a III do § 4º do artigo 40 do Estatuto da Cidade.**

Mencionado dispositivo diz respeito ao plano diretor, que “*é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*”. O §4º do articulado trata do processo de elaboração e da fiscalização da implementação do Plano.

Referido artigo assim dispõe, in verbis:

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a **promoção de audiências públicas e debates** com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

**II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;**

**III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.**

Este dispositivo, vem privilegiar a participação da comunidade local na elaboração da legislação de planejamento urbanístico, cuja inobservância, além de causar vício de validade no diploma legal editado, pode ensejar a imputação de prática de ato de improbidade administrativa ao chefe do Poder Executivo municipal.

Portanto, o gestor municipal ao não garantir ou o impedir o exercício de tais direitos, mormente as audiências pública, importante instrumento de participação popular poderá incorrer em tese na prática, caracterizada como de improbidade administrativa prevista no art. 11, inc. II da lei de improbidade administrativa, vez que deixa de praticar ato de ofício. E quando não garante a publicidade no processo de elaboração (art. 40, §4º, II e III, do Estatuto), incorre no inc. IV, segundo o qual constitui ato de improbidade “*negar a publicidade aos atos oficiais*”, com as sanções correspondentes previstas no inc. III do art. 12 da Lei 8.429/1992.

### 1.3- A Audiência Pública

As audiências públicas têm base legal no artigo 27, inciso IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12/02/1993), é um instrumento de grande eficiência em termos de sensibilização e mobilização dos diversos setores de uma comunidade em torno de determinadas questões, ao mesmo tempo em que permitem que a própria comunidade expresse seus anseios e opiniões (Soares, 2002), proporcionando subsídios aos órgãos incumbidos de propor soluções.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem havido no país uma tendência a proliferação dos sistemas de gestão democrática, mediante a criação de conselhos, comissões, comitês.

A Carta Magna estabeleceu expressamente sistemas de gestão democráticos em vários campos da administração pública, o que inclui o planejamento participativo, mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, como preceito a ser observado pelos municípios (art. 29, XII).

O Estatuto da Cidade fixa esta diretriz no seu artigo 2º, II, indicando a participação da população e de associações representativas da comunidade, na formulação e execução de planos, programas e projetos urbanísticos:

*Art. 2º*

....

*II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;*

O Estatuto da cidade veio valorizar um dos princípios básicos da política urbana, que o de se discutir as questões das cidades com os vários setores da sociedade.

A efetivação deste direito, agora respaldado pelo texto da lei, serve de instrumento para a gestão e fiscalização conjunta das ações dos governos.

Na forma do artigo 43, II, do Estatuto da Cidade, as audiências e consultas públicas, devem ser promovidos pelo Poder Público para garantir a gestão democrática da cidade e tem como fundamento os princípios da publicidade e da participação

Moreira Neto (1992: 129), define audiência pública como "um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que podem conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual".

A participação social é um relevante pilar para que a audiência pública cumpra o seu papel na construção de uma democracia participativa. Possibilita refletir e pensar em novas formas de agir e de melhorar os processos participativos, a fim de contribuir para a tomada de decisão, com vistas ao bem estar coletivo. A audiência pública é considerada um ambiente propício para a conscientização e discussão, um dos meios de assegurar que o cidadão exerce a participação (FIGUEIREDO, 2001, apud MILESKI, 2003).

Sem dúvida, esse diálogo democrático, promovido entre os atores sociais, torna mais fácil a solução do conflito social. Com a participação de todos, é mais fácil encontrar um caminho que, se não agrada a todos, pelo menos valorizou o diálogo social, os envolvidos tiveram a possibilidade de participação no debate e na construção de alternativas para solucionar o problema que os aflige. Esclareça-se que nas audiências públicas, os órgãos públicos não se submetem à vontade da sociedade, mas estão abertos para ouvir a todos e também colaborarem na busca de uma solução que traga menos traumas.

#### **1.4- Lei n. 12.527/2011- ( Lei de Acesso á informação e Portal da Transparência**

Em consonância com dispositivos legais relacionados aos princípios da administração pública, como acima já foi abordado, o legislador, inovou com a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamentou o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Em conformidade com o Art. 3º, da supra mencionada lei de acesso á informação, os procedimentos previstos na mesma destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Caberá ainda, aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação.

Segundo o artigo 8º, é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

Complementando no § 2º, que para cumprimento do disposto no **caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores.

Desta feita, previsto assim a criação do sítio, o que se convencionou denominar portal da transparência para divulgação de todos os dados.

Nos termos do § 3º consta-se, ainda,

“§ 3º : Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

- I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;
- II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
- III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;
- IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;
- V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;
- VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;
- VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e
- VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos

Dispõe ainda, o Art. 9º,

Art. 9º. “ O que o acesso a informações públicas será assegurado mediante:

- I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
  - b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
  - c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e
- II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Desta feita, não resta dúvida, que a teor do texto constitucional, dos princípios da administração pública que deve ser o norte de ação de todo administrador público, bem como demais textos legais, o Prefeito Municipal fica obrigado a divulgar em meio digital através de seu portal da transparência os relatórios conclusivos de toda audiência pública ou consulta pública que realizar.

## 2- DA NÃO INOVAÇÃO DO TIPO LEGAL DE IMPROBIDADE E CONCLUSÃO

Veja, portanto, que o Estatuto da Cidade não veio inovar, criando nova figura de ato de improbidade administrativa.

Para corroborar esse entendimento, veja-se que o próprio dispositivo em seu artigo 52, aduz que o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992. (grifei).

Assim, nos termos da Lei n. 8.429/92, são três as modalidades de ato de improbidade administrativa, devendo cada conduta, conforme o caso ser adequada ao tipo penal correspondente.

Mais precisamente sobre o a omissão na realização de referida audiência pública, poderá restar caracterizado ato de improbidade que afronta o princípio da administração pública.

Com a realização de referidas audiências públicas, todo o material nela produzido deverá ser publicado no portal da transparência da Prefeitura Municipal, com vistas a propiciar o acesso à informação.

Essa omissão da mesma forma poderá caracterizar ato de improbidade administrativa.

Para efeito de análise da matéria no âmbito do Ministério Público, e considerando que o bem jurídico protegido essencialmente pelo referido artigo 52, é o meio ambiente urbano, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, consoante o art. 182 da Constituição Federal, a demanda deverá primeiramente ser avaliada no âmbito das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente e Urbanismo, por se tratar de matéria específica, e constatada que o gestor insiste na omissão em propiciar ao cidadão o direito ao debate, canalizará a demanda para a área de improbidade.

## 3 - SÍNTESE DOGMÁTICA

**Primeira:** a Lei 10.257/2001, não criou novos tipos de atos de improbidade administrativa, mas elencou hipóteses que precisam ser avaliadas, em conformidade com o conteúdo dos dispositivos da Lei nº 8.426/92;

**Segunda :** O bem jurídico protegido essencialmente pelo artigo 52 da Lei 10.257/2001 é o meio ambiente urbano, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, consoante o art. 182 da Constituição Federal, razão pela qual para a análise primeira do conflito vindo ao conhecimento do Ministério Público, onde existir as Promotorias especializadas de meio ambiente, a matéria deve ser analisada à luz daquela Promotoria, primeiramente.

**Terceira :** O gestor municipal será responsabilizado, nos termos da lei de improbidade administrativa, se deixar de divulgar no canal próprio o relatório sobre as audiências públicas realizadas;

#### 4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL, Constituição (2001) Estatuto da Cidade: Lei n.10.257, de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001;
- BRASIL, Constituição Federal (1988) Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12/02/1993, Brasília: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm).
- BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_, FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 297.
- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. “Improbidade administrativa”. 3ª edição, Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006, p. 293- 320.
- GASPARINI, Diógenes. “O Estatuto da Cidade”. São Paulo:NDJ, 2002, p.205-220;
- HEINEN, Juliano, Comentários à Lei de acesso à informação: Lei nº 12.527/2011 / Juliano Heinen. 2. ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILESKI, H. S. (2003): O Controle da Gestão Pública. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. 6ª ed. São Paulo, Atlas, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_, Curso de Direito Administrativo. 11ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1996.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. “Comentários ao Estatuto da Cidade”. 2ª edição, São Paulo:RT, 2005, p. 155-159.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; e outros (Org.). *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes. IN: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade*: comentários à lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 52.

***DA ILEGALIDADE DA SELEÇÃO  
POR PROVAS DE CONHECIMENTO  
NAS AS ESCOLAS PÚBLICAS  
ESTADUAIS E MUNICIPAIS***

*MARCELO LIMA DE OLIVEIRA*

Por ofensa ao princípio do acesso universal e igualitário à Educação Pública, são ilegais as disposições em Legislação Municipal ou Estadual que criem seleção de matrículas por Provas de Conhecimento.

## Da ilegalidade da seleção por provas de conhecimento nas as escolas públicas estaduais e municipais

Marcelo Lima de Oliveira

Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia

### 1. Introdução

A cada início de ano letivo existe a problemática da falta de vagas em escolas públicas, mas isso é especialmente intensificado naquelas escolas que tem um padrão de ensino acima de média, em geral, escolas antigas, tradicionais ou que são mantidas e/ou ligadas a determinados setores do setor público, como militares ou instituições de ensino superior.

Na solução do problema, muitas das escolas optam pela seleção em provas de conhecimento, sob o argumento que é um critério objetivo e que, portanto, possibilitaria o acesso igualitário a todos os interessados nas vagas existentes.

Aparentemente, tal procedimento é correto, pois além de ser objetivo, permite que as escolas mantenham ou ampliem o seu padrão de ensino. Contudo, como será aqui exposto, a realização dos tais “vestibulinhos” é vedada pela legislação educacional, por atentar, dentre outras normas, contra o princípio da igualdade de acesso e permanência na escola e um dos objetivos fundamentais da República, que é a redução das desigualdades sociais.

### 2. Da educação como direito fundamental

Os direitos fundamentais são objeto de estudos dos jusdoutrinadores que encontram dificuldade em definir o que são e quais são. Apesar da complexidade, existe um certo consenso em apontar como sendo aqueles que estão reconhecidos e positivados como tal na constituição de um estado, pois como afirma Canotilho, sem a positivação não subsistirão, pelo menos nessa categoria<sup>1</sup> e, por isso, diferenciam, por exemplo, dos direitos humanos porque estes são estatuídos em normas internacionais. Segundo o constitucionalista português, enquanto estes (direitos humanos) “são direitos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”<sup>2</sup>. Nesse mesmo sentido João Trindade Cavalcante Filho os define como<sup>3</sup> “os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.”.

É evidente que nem todo direito exposto na constituição é um direito fundamental. De regra, existe a delimitação no próprio corpo constitucional onde são insertos os direitos que o Estado fez as opções por reconhecê-los como fundamentais e estes são mais fáceis de serem reconhecidos. Outros, contudo, chamados de direitos fundamentais dispersos<sup>4</sup> podem ser encontrados em diversos pontos da norma constitucional e, para que

<sup>1</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, 8 reimp, Edições Almedina, 2003, p. 377.

<sup>2</sup> Idem, p. 393.

<sup>3</sup> Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, disponível em [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao Trindade Teoria Geral dos direitos fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao%20Trindade%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

<sup>4</sup> Canotilho, ibidem, p. 404.

sejam reconhecidos, devem ter uma análise mais acurada, adotando-se, para tanto, características típicas dos direitos fundamentais.

Existe, no entanto, correntes que defendem uma restrição à extensão da definição dos direitos fundamentais. Alguns, como alerta Georger Marmelstein, alegam que somente os direitos estatuidos no artigo 5º da Constituição Federal ocupariam o ápice dos direitos tutelados na Carta Magna<sup>5</sup>. Por outro lado, existem os que pretendem a ampliação máxima na caracterização de tais direitos, o que gera a preocupação de um uso banalizado da expressão *direitos fundamentais*.<sup>6</sup>

O direito à educação é um direito fundamental por estar expressamente previsto no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Está dentre o que se chama de direitos fundamentais sociais, especificados no artigo 6º e detalhados no Título VIII que trata da ordem social.

Mais ainda que ali não estivesse, possui todos os caracteres dos direitos fundamentais que são necessários identificar ao se analisar tal espécie de direito. Dentre as características, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, estão a universalidade, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade, aplicabilidade imediata e a vinculação dos poderes do Estado para a sua aplicação e efetividade<sup>7</sup>.

O direito à educação é indubitavelmente um direito fundamental, pois é instrumento indispensável para a formação plena da pessoa, conforme o que foi estabelecido constitucionalmente no artigo 205, que orienta os objetivos a serem alcançados pela educação, quais sejam o desenvolvimento pessoal, a preparação do exercício da cidadania e a qualificação do trabalho. É relevante, mais que isso, indispensável, portanto, para a obtenção dos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa concepção pretendida pela Constituição Federal é consentânea com a conceituação de pensadores da pedagogia, como o filósofo Ortega Y Gasset que “entende por educação o conjunto de ações humanas que tendem a fazer evoluir a realidade existente para um ideal”<sup>8</sup>.

Indo além, Sanchez, citando Ortega se preocupa com as funções da pedagogia: (2010, p. 21):

as funções da pedagogia como ciência da educação, atribuindo-lhe claramente duas: a determinação científica do ideal, da finalidade da educação, e uma segunda função, essencial, de encontrar os meios intelectuais, morais e estéticos, mediante os quais se consiga polarizar o educando na direção daquele ideal. Uma vez que, pela educação, transformaremos o homem real, o que “é”, no sentido do ideal, no que “deve ser”, a primeira tarefa consiste em responder à seguinte pergunta: “qual o ideal de homem que constitui o objetivo da educação, a exigir o emprego de determinados meios?”.

Em relação à primeira função, como já aduzido, o escopo pelo que foi estabelecido constitucionalmente é a preparação integral do aluno como cidadão consciente e sustentável. Acresça-se, ainda, ao estabelecido na Declaração dos Direitos da Criança pelas Nações Unidas, em seu princípio 7:

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua

<sup>5</sup> Marmelstein, George. Curso de direitos fundamentais. 3ªed. São Paulo, 2011, p. 201.

<sup>6</sup> Marmelstein, idem, p. 16.

<sup>7</sup> Mendes, Gilmar Ferreira/Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161.

<sup>8</sup> Escámez Sánchez, Juan. Ortega y Gasset; tradução: José Gabriel Perissé Madureira. – Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010, p. 20.  
Idem, p. 21.



capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Já a segunda função da ciência da educação está relacionada aos meios para se obter o fim desejado no processo de ensino-aprendizagem é que se tratará no presente artigo. Volta-se, por enquanto, na afirmação de ser um direito fundamental e com isso ter um tratamento diferenciado no aspecto formal e material.

Essa afirmação inicial – a de que o direito à educação é um direito fundamental – apesar de parecer despicienda é necessária em razão de interpretações restritivas já comentadas e para recordar que, sendo um direito fundamental, deve haver a atenção especial do legislador e, mais ainda, do hermenêuta ao tratar dos temas a ele relacionados, sob pena de ofenderem a toda hierarquia constitucional e legislativa.

Nesta seara, volta-se a citar Marmelstein<sup>9</sup> que diferencia a hermenêutica tradicional daquela inerente aos direitos fundamentais. Na primeira são utilizados os métodos comuns de interpretação, como a literalidade, a interpretação teleológica, a histórica e a sistemática, além de outras, sempre intimamente ligadas à própria norma que é interpretada, acrescenta-se. Ou seja, na análise de uma norma do direito civil aplicar-se-ão os métodos de interpretação relacionando-os com o próprio Código Civil. Já na hermenêutica dos direitos fundamentais, deve haver sempre a correlação constitucional, ou seja, o principal parâmetro de argumentação jurídica é a própria Constituição.

E isso é necessário, pois além da ofensa aos direitos elencados com mais elevados pelo legislador constituinte, uma interpretação comum pode se traduzir em um retrocesso social, em inversão indevida do sistema normativo vigente. Para exemplificar, temas já discutidos no Supremo Tribunal Federal como o aborto de anencéfalos e casamento homoafetivo poderiam ter outras decisões caso fosse adotada a hermenêutica tradicional. Existem outros exemplos, mas estes são relevantes, pois chegaram na Suprema Corte em decorrência de já terem sido objeto de decisões em instâncias inferiores que adotavam a interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

### **3. Do acesso igualitário ao sistema educacional**

O direito à educação está previsto constitucionalmente no artigo 6º da Constituição Federal elencado com um dos direitos sociais. A própria Constituição regulamenta grande parte do que pretende ao estatuir o referido direito, dispendo sobre o tema nos artigos 205 a 214.

O foco aqui será o artigo 206 que trata do ensino escolar e que prevê no seu inciso I, que o ensino será ministrado, dentre outros princípios, com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

O texto constitucional simples e direto não deveria comportar maiores elucubrações ou interpretações demasiadamente complexas, mas como todas as normas que trazem em si uma mudança de paradigmas, mormente nos direitos sociais e, mais especialmente ainda, na seara do direito da criança e do adolescente, sua exegese sempre é pautada em um objetivo imediato, quase sempre justificado em argumentos que, mesmo falaciosos, se apresentam em um primeiro momento como legítimo, mas que não escondem a intenção de não aceitar ou, no mínimo, retardar aplicabilidade e os efeitos pretendidos pelo constituinte.

O referido texto afirma que a educação escolar deve ser oferecida a todos, sem distinção, sem discriminação. Portanto, não se pode aceitar a possibilidade de se recusar algum aluno por fator externo ao processo de ensino aprendizagem que será ofertado, sob pena de se ter um retrocesso no âmbito da demanda e acesso ao sistema educacional.

---

<sup>9</sup> Marmelstein, *ibidem* p. 390 e 391.

R. W. Connell, ainda que fazendo referência ao sistema norte-americano de ensino, quando trata da educação compensatória, afirma que no século XX existia um sistema de educacional baseado em segregacionismo, seja por raça, classe social ou opção religiosa e que os movimentos sociais foram importantes a “dessegregar” as escolas secundárias, em um primeiro momento, e as universidades, a fim de que existisse uma igualdade de acesso a todos<sup>10</sup>.

Muito disso pode ser aplicado no sistema educacional brasileiro, que apesar de não ter oficialmente, por exemplo, a segregação escolar por fator racial, sempre escondeu uma discriminação a setores mais carentes da sociedade, como a particularidade da existência de escolas públicas de excelência, aquelas que se destacam pelo alto padrão de qualidade de ensino e, para onde são direcionados os melhores recursos, dentre eles, o corpo docente e discente. Até havia uma justificativa de que deveriam ser concentrados os esforços na criação de uma elite que poderia levar o país a posteriormente a trilhar o caminho da modernidade.

Tal entendimento se encontra ultrapassado, o que se pretende atualmente e a Constituição Federal veio a legitimar, é o acesso universal ao sistema educacional, deslegitimando o direcionamento de recursos a uma parcela privilegiada de alunos.

A proibição da discriminação no acesso ao sistema de ensino ainda que não expressamente previsto no artigo 206 da Constituição Federal, pode ser obtido em uma interpretação sistemática, pois o artigo 227, que trata da proteção da criança, adolescente e do jovem, afirma que deverão estar a salvos de qualquer forma de discriminação.

Então o sistema educacional, por óbvio, não pode rejeitar a matrícula de uma criança ou adolescente em razão de ser portador de necessidades especiais, por razões religiosas ou por estar inserido no sistema de medidas sócio-educativas, ou, ainda, qualquer outra razão externa ao sistema de ensino aprendizagem e mesmo se relacionadas a tais razões, deve sempre haver uma interpretação restritiva sobre essa recusa. Por exemplo, existe a possibilidade da recusa de matrícula em estabelecimentos privados em razão da falta de pagamento das mensalidades ou em razão de comportamento incompatível com o regimento disciplinar da escola, especialmente nas escolas privadas, pois nas escolas públicas o tema ainda é bastante controverso.

Já se sabe, portanto, que o sistema de acesso é universal e que não pode ser discriminatório. Mas quando existe uma demanda maior de interessados do que de vagas, como proceder para fazer a escolha daqueles que serão matriculados?

A Constituição nada dispõe nesse sentido. O Estatuto da Criança e Adolescente também não atentou para o tema. A única disposição legal consta na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei 9.394/96 que afirma, em seu artigo 4º, inciso X, que o aluno do ensino infantil ou fundamental terá a garantia de vaga na escola pública mais próxima de sua residência. E, mesmo, esta previsão não é obrigatória, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o aluno não é obrigado a estudar em local próximo de sua residência.

Na falta de normatividade, as escolas iniciaram o procedimento de realizar provas seletivas, onde são escolhidos os alunos que obtém a melhor média nas provas de conhecimentos a que são submetidos, chamados de “vestibulinhos” porque seriam, em tese, uma solução análoga ao vestibular tradicional, utilizado para a seleção para as faculdades e que colocariam todos os candidatos às vagas em situação de igualdade, além de ser um critério objetivo. Mas, como será demonstrado, o vestibulinho para seleção de alunos no ensino básico é, de regra, ilegal.

---

<sup>10</sup> *In* Pedagogia da Exclusão – crítica ao neoliberalismo em educação – Michael W. Apple... et al.; Pablo Gentili (org). – Vozes, 1995, p. 14

#### 4. Da ilegalidade do sistema de seleção por provas de conhecimento

Apesar de aparentar, em um primeiro momento, que a realização dos “vestibulinhos” seja um critério justo, por ser objetivo e igualar os pretensos candidatos às vagas disponibilizadas, uma análise mais apurada, legal, constitucional e social, aponta para a ilegalidade desse tipo de procedimento.

Em relação ao ingresso às séries iniciais do ensino infantil e fundamental, já existem elementos que tornam mais fácil a verificação da ilegalidade. O Conselho Nacional de Educação, por exemplo, já decidiu que tais vestibulinhos são ilegais. No parecer **PARECER CNE/CEB 26/2003**, de 29 de setembro de 2003, foi decidido que:

Nos termos da resposta enviada ao MEC e à vista do exposto neste Parecer, a avaliação para acesso à Educação Infantil e à primeira série do Ensino Fundamental não pode ter efeito classificatório, não se admitindo a reprovação ou os chamados “vestibulinhos”. Essa avaliação das crianças pela escola, quando efetuada, só se justifica pela necessidade de decidir em que etapa da sua organização curricular o aluno poderá ser melhor atendido, nesse momento de sua vida.

Quando a escola particular tiver uma procura de vagas maior do que a sua capacidade de atendimento, é muito importante que as famílias estejam perfeitamente cientes dos critérios que serão adotados no preenchimento das vagas existentes e, sempre que possível, é recomendável que sejam utilizados sistemas de sorteio, ordem cronológica de inscrição e outros do mesmo tipo, de modo a se evitar que uma criança pequena seja submetida, ainda que com a concordância dos pais, a qualquer forma de ansiedade, pressão ou frustração.

O parecer se refere às escolas privadas, mas evidentemente, se aplica com ainda mais razão, às escolas públicas, pois além de todos os argumentos psico-pedagógicos apresentados, devem ser acrescentados outros, como a obrigatoriedade do ensino público.

E, em relação, aos demais períodos do ensino fundamental e médio? Para fazer a análise deve-se primeiramente verificar a questão da hierarquia de normas educacionais e, depois, interpretar os vocábulos universal e igualitário.

##### 4.1. Da hierarquia das normas educacionais

Não existe diferença marcante em relação aos outros tipos de normas, ou seja, basicamente seria a Constituição Federal, leis complementares federais, leis ordinárias federais, legislação estadual, decretos, resoluções e portarias.

Como já abordado o direito à educação está regulamentado constitucionalmente nos artigos 205 e seguintes. No artigo 205 são especificados, além dos objetivos, princípios como a universalidade. Já no artigo 206, que traz os princípios gerais do sistema educacional brasileiro, dentre eles, expressos no inciso I a igualdade de acesso e no inciso VI, a garantia do padrão de qualidade.

Assim, dentre outras previsões constitucionais, tem-se que o ensino é universal (direito de todos), com acesso igualitário e garantido o padrão de qualidade. A universalidade, pelo menos no ensino fundamental, está em um nível bom a muito bom. Existem grandes deficiência na universalidade do ensino infantil e na permanência em relação ao ensino médio.

O padrão de qualidade é, a toda evidência, o gargalo do sistema educacional, escolas públicas com baixo padrão no geral, com ilhas de excelência, por isso a importância da análise do direito ao acesso igualitário.

Logo abaixo da Constituição Federal deve ser observada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei Federal 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Esta lei está no ápice da legislação em sentido

estrito, por que possui caráter regulamentar em relação à Constituição Federal, tanto que a competência legislativa é privativa da União, nos termos dispostos no artigo 22, XXIV, da Carta Magna.

Tal previsão é justificada. Neste artigo estão as normas intrinsecamente relacionadas ao próprio Estado federal, como a unidade monetária ou de temas de interesse especial da União, como atividade nuclear, material bélico e outros. Dentre os temas destacados, a lei de diretrizes e bases da educação, pois de importância ímpar, por exemplo, para a consecução dos objetivos da própria República, estatuídos no artigo 3º da Constituição Federal.

Ainda que o artigo 24, IX, CF preveja que exista a concorrência legislativa entre União e Estados, em nada altera o acima citado, pois a legislação estadual deverá observar os princípios insertos na lei federal, que trará as normas gerais, sendo estas, em razão do federalismo vigente, não podem ser ofendidas por normas das unidades federativas.

Abaixo, da LDB e das leis federais que tratam da educação, estarão as leis estaduais que regulamentarão o sistema de ensino estadual, observando a principiologia constitucional e da norma federal regulamentadora. Por óbvio, não pode existir norma estadual que contrarie a federal, a liberdade legislativa está naquilo em que ainda não foi regulamentado ou esclarecido.

Um exemplo são as eleições para gestores de escolas, a norma federal prevê genericamente a previsão da gestão democrática, a LDB, em seu artigo, 14, traz apenas dois princípios de caráter geral, mas não especifica os limites, assim, perfeitamente legítima, a previsão de lei estadual ou municipal que estabeleça a forma como será efetivada a gestão democrática, inclusive com a previsão da eleição.

Em seguida as leis estaduais e municipais, estarão, no âmbito de cada sistema de ensino, as resoluções dos Conselhos de Educação, os Decretos do executivo e as resoluções e portarias das secretarias. E, por fim, o regimento interno das escolas. Todas, por força da hierarquia legislativa, devem respeitar as normas superiores, sob pena de ineficácia em função da ilegalidade formal.

#### **4.2. Da impossibilidade de criação no âmbito estadual ou municipal de norma que crie o sistema de seleção por provas de conhecimentos.**

Como já foi aduzido, o sistema educacional brasileiro tem toda uma estrutura hierárquica que deve ser respeitada, assim as normas inferiores só podem regular aquilo que não foi previsto nas normas superiores e, desde que, obedecidos os princípios gerais estabelecidos para a política educacional do país.

Deste modo, por óbvio, os sistemas estaduais e municipais não podem criar normas de natureza restritiva à Constituição Federal e, deste modo, a previsão de realização de “vestibulinhos” é vedada, por ofensa ao princípio do acesso igualitário.

O acesso igualitário pressupõe que todos os possíveis candidatos tenham as mesmas oportunidades de ingressarem nas escolas públicas de alto padrão, o que não ocorre com as provas de seleção, apesar de existir quem defenda que tal procedimento é sim, uma forma de igualdade.

A questão da igualdade é sempre polêmica no direito, desde a “régua de Lesbos” até as questões mais modernas como as cotas de acesso às universidades e aos cargos públicos. O que se tem certo é que o tratamento igualitário pressupõe fazer com que as diferenças existentes entre cada pessoa possa torná-las, o mais próximo possível, em igualdade de condições para determinada situação. Resumidamente, fala-se de “tratar desigualmente os desiguais”.

Quanto ao acesso igualitário à educação, já se tem precedentes contrários a uma abordagem estritamente meritória, que desconsidera as especificidades de cada pessoa. Uma já abordada no presente texto é

a vedação pelo CNE das provas seletivas no ensino infantil nas escolas privadas. O segundo foi a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF 186/DF, da qual se transcreve parte da ementa:

I - Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

...

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

(relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 26/04/2012. Publicado no DJU de 20/10/2014).

O mesmo raciocínio jurídico foi manifestado no Recurso Extraordinário 597285, quando nas razões recursais foi erigida a tese de que o *mérito* (prova de conhecimentos) seria *a única medida capaz de garantir a igualdade de acesso ao ensino*. O recurso também tratava do sistema de cotas para ingresso nas universidades. No parecer do senhor Procurador-Geral da República, ao falar sobre a igualdade, é feita a citação de trecho da “Oração aos Moços” de Ruy Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Na fundamentação de seu voto, o Min. Lewandoski sempre faz menção à decisão proferida na ADPF 186, acima referida, e, na fundamentação trata dos cuidados que o intérprete deve ter ao decidir sobre a isonomia e igualdade, citando uma das lições de Dalmo de Abreu Dallari:

Aliás, Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia, nos dias atuais, exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um direito, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma possibilidade, esclarecendo o quanto segue:

“O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”.

O interessante é que este julgado se refere ao ensino superior onde, em tese, existe uma maior liberdade de ação dos gestores, em razão da autonomia universitária e, também, já pressupõe que os estudantes obtiveram êxito na conclusão do ensino básico – que é obrigatório – em condições que deveriam ser assemelhadas. Mas o que se trata no presente texto é daquele ensino que não é opcional, mas é obrigatório tanto por parte do aluno e sua família, quanto do Estado.

A condição de vulnerabilidade étnica-social é ainda maior na fase da infância e adolescência do que na fase do ensino superior, basta lembrar que apenas 54,3% dos jovens concluem o ensino médio até os 19

DA ILEGALIDADE DA SELEÇÃO  
POR PROVAS DE CONHECIMENTO NAS AS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

anos<sup>11</sup>, ou seja, quase 50% ou desistem ou só conseguem concluir o ensino básico através de cursos especiais, como o EJA (Educação de Jovens e Adultos), que não atendem as normas curriculares regulares.

No caso do ensino básico tem o agravante de se aprofundar ainda mais as desigualdades sociais, pois os alunos que, por um motivo ou outro, tenham melhores condições de aprendizado teriam maiores possibilidades de estudar em uma escola melhor, enquanto que aquele que não pode se preparar estará destinado aos estabelecimentos de ensino medíocres, que é a regra do ensino público, dada as notas nos sistemas de avaliação.

Ainda se pode auxiliar a burlar o sistema de cotas. Um adolescente que estudou o ensino fundamental em uma escola particular de ponta, certamente leva vantagem em relação àquele que estudou em uma escola pública, e ao cursar o ensino médio na escola pública de excelência, além de evitar uma possível recuperação daquele que ficou na escola comum, concorrerá com este novamente nas cotas de acesso ao nível superior, já que teria feito o ensino médio em escola pública.

Faz-se aqui uma digressão sobre as escolas de aplicação (ligadas às universidades) e às escolas padrão, com a seleção por meritocracia, evidentemente teriam a vantagem de ter os melhores e mais disciplinados alunos, assim quase todas as experiências pedagógicas teriam bons resultados. A verdadeira experiência é levar tal prática aos alunos comuns, com problemas de aprendizado, familiares, que vivam em situação de precariedade, aí sim, poderiam ser verificadas efetivamente as teorias criadas nas faculdades.

Se a únicas previsões legislativas sobre o sistema de acesso são o caráter igualitário e a proximidade da residência, quais mecanismos podem surgir para “desempate” quando existem mais interessados que vagas em determinada escola, sem que implique na quebra material da igualdade? A doutrina pouco se debruçou sobre o tema. Mas as soluções mais utilizadas são: ordem de inscrição, familiares já matriculados no estabelecimento de ensino e sorteio. Destes, talvez o que atenda mais ao princípio da igualdade – por aleatoriedade – é o sorteio, ainda que exista uma resistência psicológica ao critério.

Uma possível solução seria a combinação de todos os fatores, o legal (proximidade da escola), mais a adoção de sistemas de cotas étnico-sociais e as três mencionadas no parágrafo anterior, de forma a diminuir o caráter aleatório, sem, contudo ofender ao princípio da igualdade de acesso.

Pois o que não se pode é restringir um direito fundamental, especialmente, quando se trata de um direito social – que demanda sua análise em caráter geral e não apenas sob a ótica individual – e que é essencial à consecução dos objetivos da República.

O Procurador Federal Eduardo Rocha Dias, em seu artigo intitulado “Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988” propôs uma definição para que o seja a restrição a esses direitos. Diz ele<sup>12</sup>:

Como restrição deve-se entender *qualquer ação ou omissão* dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, *reduzindo*, eliminando ou dificultando “*a vias de acesso ao bem nele protegido* e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, bem como enfraquecendo “deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado. GGNN

---

<sup>11</sup> Todos pela educação. Disponível em <http://www.todospelaeducacao.org.br/reportagens-tpe/32163/apenas-543-dos-jovens-concluem-o-ensino-medio-ate-os-19-anos/>

<sup>12</sup> In. Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller

É exatamente o que ocorre quando é feita a opção pela a seleção de matrículas por avaliação de conhecimentos, os chamados “vestibulinhos”

### **Conclusão**

A criação, ainda que por lei, de seleção por provas de conhecimento para as escolas públicas dos sistemas estaduais ou municipais, padece de ilegalidade (inconstitucionalidade), por ofensa ao princípio constitucional da igualdade de acesso ao ensino público, seja no aspecto formal, por desrespeito à hierarquia legislativa; seja no aspecto material, por afirmar que a meritocracia, pura e simples, não desrespeita a igualdade em seu sentido mais amplo, como já reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

### **Referências**

ABMP/TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALIGHIERO, Mário. **História da educação: da antiguidade aos nossos dias**. Tradução de Gaetano Lo Monaco – 8. ed. – São Paulo: Cortez, 200.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 8 reimp, Edições Almedina, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, disponível em [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf). Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

CONNEL, R.W. Pobreza e educação. In **Pedagogia da Exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação**; Pablo Gentili (org). Petrópolis-RJ: Vozes, 1995.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller**; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto; Albuquerque, Paulo Antonio de Menezes; Marques Neto, Agostinho Ramalho (org.) . Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 167-179.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SÁNCHEZ, Juan Escámez. **Ortega y Gasset**, tradução: José Gabriel Perissé Madureira. – Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.

# ***REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA***

*PATRICIA PAULA SANTOS*

Contra a redução da maioridade Penal, mas a favor de mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, aumento para dez anos de internação com reavaliação a cada um ano ou a cada seis meses. A intensificação de ação Civil Pública para garantir as Políticas Públicas do ECA.



## **REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA**

Patrícia Paula dos Santos

### **INTRODUÇÃO**

Este texto pretende expor a história do direito da criança e do adolescente como era no direito brasileiro a imputabilidade penal na antiguidade até os dias de hoje. Abordaremos as discussões a respeito das alterações no texto Constitucional, isto é, cláusula pétrea, como direito individual da criança e do adolescente ou a faixa etária poderia ser alterada pelo legislador ordinário. Não há dúvida de que o tema é polêmico e gera controvérsia, mas o debate é importante. De forma sucinta, discorreremos sobre as propostas à emenda Constitucional e os fundamentos dos autores. Outrossim, apresentaremos os argumentos opostos as mudanças e a necessidade de implementação de políticas públicas.

### **1. HISTÓRIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL**

#### **1.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS**

A igreja católica era a religião oficial do Brasil, século XIX, que influenciava as decisões do Estado, eis que não havia separação. Àquela época, entendia que aos 07 (sete) anos a pessoa tinha discernimento e devia responder pelos seus atos. Contudo, tinha a pena reduzida, em relação ao adulto e não se aplicava a pena capital, pois essa somente era aplicada aos infratores entre 17 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos incompleto. A maioridade era alcançada aos 21 (vinte e um) anos completo, quando o agente ficava sujeito a todo tipo de punição, consoante se vê no título 135, das Ordenações Filipinas

#### **1.2 CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO**

Em 1830 é publicado o Código Penal do Império, de autoria dos deputados Bernardo Pereira e Clemente Pereira, que adotou o critério do discernimento. A regra era que os menores de 14 (quatorze) anos não seriam imputáveis, artigo 10 do Código Penal do Império. Todavia, o infrator poderia responder pelos seus atos, quando menor de 14 (quatorze) anos, comprovando-se que agiu com entendimento de sua conduta, mas sua pena privativa de liberdade não seria superior a idade de 17 (dezesete) anos, artigo 13 da Lei em estudo.

Nesse contexto, era necessário provar que o infrator juvenil, com idade entre 07 (sete) e 14 (quatorze) anos, tinha condição de entender o caráter ilícito de sua conduta, sendo encaminhado para as casas de correção pelo Juiz por período indeterminado ou até completar a idade de 17 (dezesete) anos. Por outro lado, não se comprovando que ele agiu com discernimento, era inimputável. Condenado, o menor era encaminhado ao cárcere junto com o adulto. Não havia preocupação do legislador com a prevenção ou separação entre os agentes criminosos.

#### **1.3 CÓDIGO PENAL DA REPUBLICA**

## REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA

No Código Penal Republicano, Decreto Lei 847, de 11 de outubro de 1890, adotou-se o sistema biopsicológico, isto é, dos 09 (nove) anos completo até os 14 (anos) caberia ao juiz avaliar se o adolescente tinha capacidade de distinguir entre o lícito e o ilícito. Era necessário a prova de que o menor tinha discernimento, artigo 27, § 2, desta Lei. Contudo, a medida não ultrapassaria a idade também de 17 (dezesete) anos, artigo 30.

### 1.4 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAS OU CÓDIGO DE PIRAGIBE

A imputabilidade penal era aplicada aos infratores com 14 (quatorze) anos completo, desde que, como nos Códigos anteriores, agisse com discernimento, artigo 27, do Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

### 1.5 CODIGO PENAL

O Código Penal de 1940 aduziu que a maioridade seria a partir dos 18 (dezoito) anos, artigo 27, fundado na premissa de política criminal e imaturidade do menor.

O item 23 da exposição de motivo leciona que tratava de política criminal a faixa etária do infrator. A criminalidade crescente não justificava outro critério, pois o adolescente era naturalmente antissocial a medida que não é socializado e instruído. O reajuste caberia à educação e não à pena criminal.

Àquela época já se discutia a respeito do alto índice de criminalidade e a imputabilidade penal. Entretanto, o Legislador optou em deixar o adolescente infrator aos cuidados de outra norma.

O projeto do novo Código Penal em tramitação no Congresso Nacional não altera a maioridade penal. Ao contrário, com o objetivo de reforçar a proteção do adolescente e da criança, propôs-se que em qualquer crime no qual se coagir, induzir, determinar ou utilizar menores de dezoito anos, haja o aumento de pena de metade a dois terços<sup>1</sup>.

### 1.6 CÓDIGO DE MENORES

O Código de Menores foi criado pelo Decreto-lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, com objetivo de resguardar a criança e o adolescente em situação irregular, isto é, esses em situações de abandono ou delinquência seriam internados em casa de educação ou prevenção, conforme disposição do artigo 1º e 2º, que era verdadeiro cárcere. Contudo, era vedada a internação junto com os adultos. O menor de dezoito anos passava a responder por esses dispositivos legais (TAVARES, 2004).

O juiz era o investigador e também o responsável pela imposição da sanção. Caberia a ele verificar a necessidade da criança e do adolescente e, ao mesmo tempo, fixar o tratamento adequado ao distúrbio apresentado (LIBERTATI, 2002, p. 54).

Na leitura do Código de Menores os jovens abandonados e negligenciados eram equiparados àquele que cometeram delitos, pois a Lei lhes concedia igual tratamento.

Assim, na vigência desta legislação: a) a criança e adolescente aparecem como objetos de proteção, não como sujeito de direito; b) diferencia a criança abandonada e a de situação irregular, enquanto a essa era aplicado o juízo de menores, àquela era o da família; c) o menor é incapaz e irresponsável, sendo irrelevante sua opinião; d) os

---

<sup>1</sup> Exposição de Motivo da Parte Especial do Projeto do Código Penal.

abandonados eram tratados como delinquentes, situação que ficou conhecida como sequestro e judicialização dos problemas sociais; e) as garantias do Estado de Direito só se aplicava aos adultos e f) as garantias processuais asseguradas aos adultos não eram aplicadas aos adolescentes, pois a sanção não estava submetida ao fato ocorrido, mas a situação irregular.

No período em que vigorou o Código de Menores cerca de 80% dos internos eram crianças e adolescentes em situação de abandono. Era uma espécie de controle de pobreza. Por isso, não precisava respeitar as garantias processuais.

## 1.7 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, diversamente das anteriores, trouxe um capítulo específico para tratar da criança e do adolescente e impor o dever à família, à sociedade e ao Estado protegê-los.

A imputabilidade penal é elevada a garantia fundamental no artigo 228 da Carta Maior (GOMES, 2007). Assim, o Brasil foi o primeiro país da América Latina que elevou à categoria de norma constitucional os direitos e garantias individuais da pessoa humana, para alguns cláusula pétreas.

Destaca-se que, no âmbito internacional, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas organizou um grupo para trabalhar na Convenção sobre os Direitos da Criança, que consagrou a doutrina da proteção integral. O documento tratou de regras mínimas para a proteção dos jovens privados da liberdade de locomoção e prevenção a delinquência juvenil. Todavia, antes do texto entrar em vigor, o princípio da proteção integral foi encampado pelo Constituinte Originário pela votação de 435 votos a favor e 8 contras. O princípio entrou em vigor em 1988, enquanto o tratado internacional em 1989. Verifica-se com isso a preocupação do texto pátrio em proteger o adolescente infrator (DANTAS SEGUNDO, 2009).

## 1.8 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No artigo 2º da Lei 8.069/90 temos a definição de criança como a pessoa de 0 (zero) a 12 (doze) anos incompleto e adolescente aquele que tem 12 (doze) anos completo até 18 (dezoito) anos incompleto. Enquanto, no artigo 104, repetiu o disposto na Constituição Federal e no Código Penal, são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei, a aferição da imputabilidade considera a idade no momento da conduta comissiva ou omissiva, ainda que seja outro o momento do resultado. Assim, o adolescente torna-se imputável no primeiro minuto que completar dezoito anos.

A legislação presume que as pessoas, antes de 18 (dezoito) anos, ainda, não atingiram a plena capacidade de entendimento e autodeterminação, motivo pelo qual não ficam sujeitas as normas aplicáveis aos adultos. No lugar dessas, estabelece medidas socioeducativa que tem como finalidade a ressocialização e reintegração do jovem à sociedade, aplica-se o princípio da proteção integral.

No artigo 103 da Lei em estudo, percebe-se que ato infracional é a ação denominada como contrária à lei, que tenha sido efetuada por criança ou adolescente.

As medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente são: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do ato praticado pelo infrator juvenil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se estrutura sob três grandes garantias, que são harmônicas, são elas: a) políticas públicas de atendimento a criança e ao adolescente, de caráter universal, para toda população infanto-juvenil, sem qualquer distinção; b) medida de proteção para caso de situação de risco, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, visa alcançar criança e adolescente vitimizados; c) medida socioeducativa de adolescente em conflito com a Lei.

Logo, a Lei 8.069/90 aduz o conceito de criança e adolescente, o que considera ato infracional e as medidas socioeducativas impostas a eles.

A punição para o infrator juvenil é tão avançada que foi modelo para a criação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, que pune o adulto que comete crime de menor potencial ofensivo. Além de sua sistemática ser adotada por vários outros países, em especial da América Latina (DIGIÁCOMO, 2009).

## **2. CLÁUSULA PÉTREA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Nesse momento, precisamos responder a seguinte pergunta: a maioria penal constitui direito fundamental. Se a resposta for positiva, estaremos diante de uma cláusula pétrea, que não pode ser modificada pelo legislador Pátrio, sob pena de afronta a Constituição Federal.

### **2.1 CONCEITO DE CLÁUSULA PÉTREA**

O Constituinte originário dispôs no texto da Constituição Federal limitações materiais implícitas e explícitas, estas são matérias que o constituinte definiu expressamente na Carta Republicana não passíveis de supressão, ou seja, um núcleo inderrogável.

Na vigente Constituição, o preceito está disciplinado no artigo 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de emenda tendente a abolir: forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais, que são as cláusulas pétreas expressas. As limitações implícitas são as matérias que não constam expressamente, mas estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de ruptura da ordem constitucional (PAULO, 2008, p. 562-563).

A Constituição Federal é rígida, por isso não pode o legislador infraconstitucional realizar alterações que modifique a essência, sob pena de se criar, por meio de emenda, nova Ordem Jurídica.

Assim, cláusula pétrea constitui núcleo imodificável da Constituição Federal, seja implícito ou explícito.

### **2.2 CLÁUSULAS PÉTREA DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**

O legislador constituinte gravou com o manto de cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. Diante desse comando normativo, resta-nos discutir se são somente imodificáveis as disposições elencadas no artigo 5º, capítulo I, do Título II, da Carta Política, eis que expressamente aduz sobre os direitos e as garantias individuais e coletivos, ou se, também, estará acobertado pela vedação de supressão outros direitos do texto Constitucional além deste Título, inclusive a imputabilidade penal, prevista no artigo 228, da Carta Maior.

O ilustre doutrinador Alexandre de Moraes (MORAES, 2001, p.529) ensina que a grande novidade do artigo 60 está na inclusão, entre a limitação do poder de reforma da Constituição, os direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e os direitos individuais, que por não se encontrarem restrito ao rol do artigo 5º,

resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> considerou cláusula pétrea o direito fundamental assegurado ao cidadão quando discutiu matéria inerente a competência tributária residual da União. À época, firmou entendimento de que o artigo 5º dispôs de direitos e garantias fundamentais de forma geral, não exaustivo, pois outros dispositivos da Lei Federal também poderão conter normas imodificáveis pelo poder constituinte reformador. Citou como referência, o próprio parágrafo segundo, do artigo 5º, quando aduz que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (GOMES e BIANCHINI, 2007). Consagrou-se, portanto, direitos e garantias explícitos e implícitos.

O Ministro Gilmar Mendes (MENDES, 2004, p. 14) ensina que para se saber o alcance do direito fundamental é necessário que se identifique não somente o objeto de proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. A imputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos, previsto na Constituição Federal, impõe políticas públicas para resguardar o direito do adolescente e também não permite ao Estado legislar no sentido de restringir direitos, ou seja, liberdade de locomoção.

Não há dúvida de que outros direitos fundamentais estão ao longo da Carta Cidadã. Contudo, a polêmica consiste em saber quais seriam estes direitos. Verifica-se que a redução da idade envolve a liberdade de locomoção do infrator juvenil. Por isso, direito fundamental que deverá receber a proteção da cláusula pétrea (SANNINI NETO, 2013), eis que se trata de um dos direitos mais importante na vida de qualquer pessoa, prova disso é que cada vez mais o legislador tem optado por medidas não privativas de liberdade, em relação aos crimes praticados por adultos.

A limitação da alteração do texto constitucional tem como objetivo evitar modificações que crie uma nova norma constitucional. Certo é que a mutação constitucional é necessária, pois a sociedade não é estática, mas não se pode, com esse argumento, implementar mudanças tais que altere a ordem constitucional.

Não se pode permitir afronta aos direitos e garantias fundamentais, por menor que se pareça, sob pena de outros vilipêndios maiores desestabilizar a Ordem Constitucional e a segurança jurídica.

Percebe-se que a imputabilidade penal aos dezoito anos tem como escopo impor ao infrator juvenil punição diversa a do adulto. Com isso, respeita o princípio da igualdade, haja vista tratar de pessoa em desenvolvimento.

O artigo 5º, *caput*, da Carta Cidadã assevera que todos são iguais perante a lei. Contudo, tratar igualmente aqueles que são desiguais, ao invés de garantir a igualdade, aumenta a desigualdade entre eles (NOVELINO, 2008, p.292).

Não se pode tratar igual pessoas desiguais.

O adolescente, pessoa em desenvolvimento, não é dotado de plena formação social e deve ser tratado diferente do adulto que comete delito. Logo, a imputabilidade penal do infrator juvenil é corolário do princípio da isonomia em seu aspecto material e substancial.

A liberdade de locomoção do adolescente é uma garantia negativa de que o Estado não irá legislar para suprimi-la.

Olympio de Sá Sotto Maior Neto (MAIOR NETO, 2009) ministra que os adolescentes a quem se atribua prática de crime tem o direito fundamental, princípio constitucional da proteção especial, de estar sujeito a Lei 8.069/90, recebendo se for o caso as medidas socioeducativas e afastados do Direito Penal, até porque o anseio da sociedade em diminuir a idade penal é calcado no fato do adolescente infrator não ser punido, o que consiste em uma falácia.

---

<sup>2</sup> Adin nº 939-7 do Distrito Federal

Outrossim, reduzir a maioridade penal é retroagir no tempo, pois observamos pela história da criança e adolescente nas legislações anteriores que menores de até 7 (sete) anos eram punidos, época em que não havia qualquer proteção a eles, que eram tratados como objetos e não como sujeitos de direito. Ao contrário, as legislações avançaram para atualmente caber ao Estado, sociedade e família proteger os vulneráveis, qualquer norma que modifique esta situação esbarra no princípio da vedação do retrocesso.

Destaca-se que para aplicação do Direito Penal deve ser esgotado outros ramos em favor da proteção dos bens jurídicos vitais e necessários à sociedade (MONTARROYOS, 2004), o que não se visualiza no presente caso, eis que várias políticas públicas aplicadas às crianças e aos adolescentes não foram até hoje implementadas.

Os que sustentam não ser cláusula pétrea a imputabilidade penal do artigo 228, da Constituição Federal, parte da premissa de que: a) o adolescente tem condição de entender o caráter ilícito de sua conduta e de não praticar a ação delituosa; b) os direitos e garantias previsto na Constituição Federal petrificado seriam somente os insculpidos no artigo 5º e c) a sociedade anseia a mudança da idade para a imputação penal.

Esses argumentos são frágeis, pois a Constituição Federal, assim como as demais normas, não pode ser interpretada em tiras, mas, sim, de forma sistemática para melhor garantir os direitos por ela protegido. Logo, nos parece que permanecer com a idade penal aos 18 (dezoito) anos garante o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); reduz desigualdade sociais (artigo 3º, III, da CF); resguarda o princípio da isonomia (artigo 5º, da CF); da vedação do retrocesso; do direito penal mínimo e, principalmente, da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227, da CF).

Nesse contexto, a Lei 8.069/90 dispõe de medidas eficazes para qualquer situação de risco que envolva criança ou adolescente, até o infrator juvenil, para protegê-los e puni-los em qualquer situação, o que falta são política públicas que garantam o que está na norma, com isso a sociedade voltará a ter a sensação de segurança, que atormenta a todos.

Além disso, o perfil do infrator juvenil 90% (noventa por cento) não completaram a 8ª série e era do sexo masculino; 51% (cinquenta e um por cento) não frequentaram a escola; 76 % (setenta e seis por cento) tinham entre 16 (dezesesseis) a 18 (dezoito) anos; 60% (sessenta por cento) eram negros; 86 % (oitenta e seis por cento) eram usuários de drogas e recebiam menos que dois salários mínimos (PINTO, 2012). Parece que diminuir a idade penal é criminalizar a pobreza.

Reduzir a maioridade penal somente irá agravar a situação caótica e vitimalizará, ainda, mais as nossas crianças e adolescente, ao invés de dar oportunidade de vir a desenvolver sua potencial sociabilidade, conforme nos ensina Olympio de Sá Sotto Maior Neto (MAIOR NETO, 2008), um dos defensores da inconstitucionalidade da redução da idade penal. Proteger os vulneráveis deve ser a meta do Estado Democrático de Direito, bem como do Ministério Público Brasileiro.

### **3. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Mister se faz a apresentação dos argumentos daqueles que entendem pela mutabilidade da redução da idade penal, que fundamentou diversas propostas de emenda à Constituição Federal calcadas na violência dos atos praticados pelo infrator juvenil. Por outro lado, analisaremos se a modificação do critério etário atenderá o interesse público, qual seja, diminuir o índice de criminalidade.

#### **3.3 PROPOSTAS DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS ARGUMENTOS**

As propostas em tramites no Congresso Nacional são as seguintes:

**PEC 20/1999** foi proposta pelo Senador José Roberto Arruda, que aduz que a maioria deverá ser aos 16 (dezesseis) anos, eis que o adolescente da atualidade tem acesso à informação que o capacita a responder pelos seus atos.

**PEC 90/2003** do Senador Magno Malto pretende que a imputabilidade penal comece a partir dos 13 (treze) anos, quando for praticado pelo adolescente crime hediondo. Com o estágio da atual civilização nos diversos meios de comunicação de massa uma pessoa de 13 (treze) anos tem consciência do sofrimento que se abate a vítima de estupro ou da dor suportada pela família com a perda do pai, mãe ou filho.

**PEC 74/2011** de autoria do Senador Acir Gurgaz dispôs que o maior de 15 (quinze) anos será inimputável, quando praticar crime de homicídio e roubos seguidos de morte, tentado ou consumado. Fundamenta que o critério biológico adotado pela Constituição Federal não é comprovado pela ciência psiquiátrica, a evolução da sociedade demonstra que existe a compreensão cada vez mais precoce dos fatos da vida. Outrossim, outros países adotam idade inferior a 18 (dezoito) anos.

**PEC 83/2011** prevê a responsabilidade penal a partir de 16 (dezesseis) anos e, ainda, o voto passaria a ser obrigatório. O fundamento é de que com a nova realidade social o adolescente teria maturidade para responder pelos seus atos a partir desta data.

**PEC 33/2012** está proposta quer alteração do artigo 129 da Carta Política para dar legitimidade ao Ministério Público de ingressar com incidente de imputabilidade de pessoas entre 18 (dezoito) anos incompleto e 16 (dezesseis) anos completo, sendo que a matéria seria posteriormente regulamentada por Lei Complementar. Além disso, modificaria o artigo 228, parágrafo único, da Constituição Federal para inserir que deverá ser analisado se o agente tem condições de entender o caráter ilícito. Assim, a regra seria a idade penal aos 18 (dezoito) anos, e a exceção a idade de 16 (dezesseis) anos, quando seria proposta a ação pelo Ministério Público que comprovasse ter o adolescente condição de entender o caráter ilícito do fato. A proposta é de autoria do Senador Alouysio Nunes Ferreira. Na justificativa asseverou que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda, não foi totalmente implementado. Entretanto, menores estão praticando diversos crimes sob o manto a impunidade que esse lhes garante. Outro fato, é a reincidência dos adolescentes, por ausência de punições severas.

**PEC 21/2013** do Senador Álvaro Dias dispõe que o menor de 15 (quinze) anos ficará sujeitos ao Estatuto da Criança e do Adolescente. A maioria aos 18 (dezoito) anos não se sustenta pela ciência psiquiátrica. Ao contrário, a evolução da sociedade moderna tem lhes possibilitado a compreensão cada vez mais precoce dos fatos da vida.

Cabe mencionar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aduziu, em seu parecer, que as propostas são inconstitucionais por tratar de direitos e garantias fundamentais do adolescente, sendo cláusula pétrea porque o constituinte originário de forma expressa informou quando se iniciará a imputabilidade penal (GOMES, 2014). Acrescentou que a Constituição Federal criou o critério biológico ao estabelecer a maioria para as pessoas com idade superior a 18 (dezoito) anos. Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê punição para o infrator juvenil. Assim, manifestou-se pela impossibilidade de alteração do artigo 228, da Constituição Federal pelo constituinte derivado.

Por outro lado, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados entendeu por 43 votos a favor e 21 contra que a redução da maioria penal não é inconstitucional. Logo, permitiu a tramitação da PEC 171/93.

## REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA

No caso em tela, o Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, favorável à redução da maioridade penal autorizou a votação da PEC 171/93 de autoria do Deputado Federal Benedito Domingos, que reduz a maioridade penal para 16 (dezesseis) anos, sob o argumento de que a finalidade da proposta é dar ao adolescente consciência de sua participação social, da importância de cumprir a Lei, como forma de obter a cidadania, começando pelo respeito à ordem jurídica. Nesse contexto, a redução da idade penalmente imputável para os menores de 16 (dezesseis) anos é dar-lhes direitos e consequentemente responsabilidade, e não puni-los ou mandá-los para a cadeia.

Com esses argumentos, a proposta do Deputado Federal Benedito foi aprovada em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados, que autorizou a redução da maioridade penal para 16 (dezesseis) anos nos crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Contudo, os adolescentes deverão cumprir pena em local distinto dos maiores. A proposta seguiu para o Senado Federal para aprovação ou rejeição.

Todavia, a PEC 171/93 não poderia ser colocada em votação, eis que no dia anterior, 30 de junho de 2015, a Casa Legislativa rejeitou proposta substancialmente idêntica, ou seja, aprovava também a responsabilidade do adolescente nos crimes de tortura, terrorismo, lesão corporal grave, tráfico de drogas e roubo qualificado. Em afronta ao que diz o artigo 60, parágrafo 5º, da Constituição Federal que aduz: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”, o que ocorreu dentro de 24 horas.

O Ministro Marco Aurélio<sup>3</sup> em entrevista afirmou que: *“O que nós temos na Constituição Federal? Em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal é a guarda do documento maior da República. (...) Em segundo lugar, temos uma regra muito clara que diz que matéria rejeitada ou declarada prejudicada só pode ser apresentada na sessão legislativa seguinte. E nesse espaço de tempo de 48 horas não tivemos duas sessões legislativas.*

Considerando que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da emenda, o Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> já reconheceu a possibilidade de controle de constitucionalidade em caso semelhante, pois neste caso a inconstitucionalidade, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o processo já afronta regra expressa na Constituição Federal.

Na visão da Câmara dos Deputados os adolescentes passaram a ser imputáveis somente em alguns crimes, ou seja, conseguem entender o caráter ilícito dos crimes hediondos, homicídio doloso e da lesão corporal grave, mas não poderão ser responsabilizados pelo roubo, extorsão, furto, etc, pois para esses serão inimputáveis.

Entretanto, em sentido contrário, o Senado Federal aprovou projeto de Lei, do Senador José Serra, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente ao aumentar para dez anos o tempo de internação, a separação por alas dos adolescentes que cometerem crime graves e a obrigação de fazerem o ensino médio. Em outra frente, a proposta também endurece a pena de adultos que usarem menores para praticar crimes.

As propostas acima citadas, ainda, tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Contudo, o assunto diverge parlamentares e sociedade.

### 3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

---

<sup>3</sup> Disponível: <http://videos.clicrbs.com.br/rs/gaucha/audio/radio-gaucha/2015/07/ouca-entrevista-com-ministro-marco-aurelio-mello-timeline/127729/>, acesso em: 03 de julho de 2015.

<sup>4</sup> STF, MS 22503, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/1996, DJ 06-06-1997 PP-24872 EMENT VOL-01872-03 PP-00385 RTJ VOL-00169-01 PP-00181.



Não há dúvida de que os índices de delitos praticados por adultos e adolescentes infratores aumentaram consideravelmente nos últimos anos. Nesse sentido, a relação política entre o cidadão, governo e legislativo é o endurecimento das Leis Penais, mas, apesar de Leis rígidas como a do Crimes Hediondos, Estatuto do Desarmamento, Tráfico de Drogas e outras, a criminalidade cresce a cada dia.

Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2007) preconiza que em momentos críticos deve-se utilizar de maior ponderação, porque de medidas paliativas e pouco eficazes, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, todos estão exaustos. Será insuportável mais uma medida enganosa e fraudulenta do legislador, que promete soluções para violência, mas nunca resolve nada. Ao contrário, cria-se outro problema, quando a norma é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que, recentemente, declarou a inconstitucionalidade da imposição do regime fechado ao crime hediondo. Hoje, essa lei, tão citada nos projetos de Emenda à Constituição Federal, somente serve para endurecer a progressão de regime.

A prisão cumpre o papel de retirar o cidadão de circulação por um período de tempo, não há nenhuma evidência ou prova de que desempenha efetivamente a ressocialização, sendo que a maioria das pessoas punidas são as pobres e as estigmatizadas.

Trata-se de ato de soberania do Estado, que conta com o apoio da população de massa por um preço relativamente baixo e com pouca aplicação de políticas públicas, pois somente joga o cidadão numa cela sem qualquer direito fundamental. Constrói o Estado Penal, invés de Estado Democrático de Direito, pois direitos humanos é “privilégios de bandidos” (CAMPOS, 2005, p.25).

Por outro lado, a informação permite que a sociedade (adultos e adolescentes) tenha capacidade de pensar a respeito do que acontece. Contudo, o que se observa é a mídia distorcer a notícia e confundir mais do que esclarecer, inclusive notícias de violência tornou-se uma forma de aumentar o índice de vendas, como se percebe nas matérias televisivas transmitidas nas tardes de algumas emissoras, o que Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2007) denominou de populismo mediático.

A mídia tende a dar uma visibilidade muito maior quando o crime é praticado por criança e adolescente transmitindo à população a sensação de que eles praticam fatos graves, mas nada acontece (DIGIÁCOMO, 2009). Heraldo Elias Montarroyos (MONTARROYOS, 2014) afirmou que a mídia tem repaginado o inimigo penal, ou seja, os criminosos seriam inimigos do Estado Democrático de Direito e mereceria tratamento veloz e autoritário da parte do Estado, com o menor gasto e maior repressão nas cadeias, ou seja, os inimigos do Estado seriam os pobres, inclusive adolescentes.

O aumento da sensação de insegurança faz com que a população de massa deseje o policiamento mais repressivo, penas mais duras, a prisão para vários crimes, a redução da maioridade penal como medida de combater a violência. As estatísticas demonstram que a maioria das vítimas de homicídio são jovens de 15 (quinze) a 24 (vinte e quatro) anos expostos à violência e abandonados pelo Estado, sociedade e família.

Percebe-se que das vítimas de homicídios no Brasil, no ano de 2012, quase 60% (sessenta por cento) foram adolescentes, consoante dados do IBGE<sup>5</sup>. O país, internacionalmente, ocupou o 4º lugar na taxa de homicídio entre jovens de 15 a 24 anos<sup>6</sup>. Observou-se que o índice aumenta até os 20 (vinte) anos de idade, declinando progressivamente a partir dessa idade.

---

<sup>5</sup> <http://www.mapadaviolencia.org.br/>

<sup>6</sup> MAPA DA VIOLÊNCIA IV, os jovens do Brasil.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:  
UMA MAQUIAGEM NAS CAUSAS DA VIOLÊNCIA

Claro está o descaso por parte da família, da sociedade e do Estado, quando se diz respeito a direito da criança e do adolescente, que deveria ser tratada com absoluta prioridade. Lógico, que os efeitos da violência seriam nefastos.

Ao contrário, quando se trata de adolescentes infratores, o índice é inverso, Murillo José Digiacomo (DIGIACOMO, 2009) explicou que os crimes praticados por infratores juvenis são menos de 10% (dez por cento) das infrações registradas. Nesse número, 73% (setenta e três por cento) são patrimoniais, sendo que 50% (cinquenta por cento) são praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa, ou seja, furtos, em regra, insignificantes. E 8,46% (oito vírgula quarenta e seis por cento) seriam de homicídio, que representaria um total de 1,09% (um vírgula nove por cento) das infrações praticadas no país.

É evidente que o adolescente entre 12 (doze), 13 (treze) e 16 (dezesesseis) anos tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato, até uma criança sabe o que é certo e errado (SARAIVA, 1996). O que ocorre é que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento. Outrossim, alguns municípios em que há efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando há prática de ato infracional, estes são recuperados após um período de internação.

O adolescente infrator, segundo a Lei 8.069/90, irá da internação para semiliberdade, após liberdade assistida, sendo que o índice de reincidência tem sido de 30%<sup>7</sup> (trinta por cento). Isso porque em muitos lugares do Brasil não há a efetivação das medidas protetivas, ou seja, os centros socioeducativos em nada são diferentes dos presídios, com todos os problemas, inclusive superlotação.

É sabido que o adolescente, ainda, não tem consolidado seus valores e sofre influência de amigos. Diversas vezes pratica ato infracional motivado pelo meio social no qual está inserido. Por isso, os centros socioeducativos estão lotados de infrator juvenil que vivem no meio de pessoas que usam substância entorpecentes, bebidas alcoólicas, armas de fogo, onde impera a criminalidade.

É fácil perceber a falácia daqueles que dizem que a redução da maioridade diminuirá o índice de criminalidade. Caso a imputabilidade penal seja reduzida, os infratores juvenis sairão das penitenciárias mais violentos e experientes no mundo da criminalidade do que ao entrarem.

Caso seja aprovada a proposta de emenda à Constituição será um retrocesso na política penal, penitenciária brasileira e institucionalizaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes, conforme lição de Julio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, 2005, p.216). Outrossim, é inverídico dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe de medidas a serem aplicadas aos adolescentes reincidentes, pois há possibilidade de internação aplicável ao infrator juvenil quando contumaz na prática de ato infracional.

Nos delitos de estrema gravidade praticados por adolescentes, Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2007) sugere o acréscimo de dois parágrafos no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que em caso de grave desvio de personalidade, constatado em laudo pericial fundamentado, estarão os infratores juvenis sujeitos a tratamento individual, especializado e multidisciplinar, que teria duração máxima de dez anos ou antes deste prazo mediante laudo médico, psicológico e psiquiátrico, que deverá ser renovado de ano em ano ou por ordem do juiz. Ensina Marcos José Pinto (PINTO, 2012) que as principais causas da violência por parte dos adolescentes são “ausência de oportunidade aos jovens, além de falta de políticas públicas estatais de amparo aos adolescentes para facilitar sua inclusão social, como por exemplo, a sua profissionalização.”

---

<sup>7</sup>[http://www.abmp.org.br/noticia/direitos\\_da\\_crianca/adolescentes\\_lancam\\_nota\\_contra\\_projeto\\_que\\_preve\\_alteracao\\_da\\_maioridade\\_penal.html](http://www.abmp.org.br/noticia/direitos_da_crianca/adolescentes_lancam_nota_contra_projeto_que_preve_alteracao_da_maioridade_penal.html), acesso: 20 de fevereiro de 2015.

Não há como reduzir a violência enquanto direitos sociais como: educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados é realizada de forma insatisfatórias. Outrossim, também, a aplicação de políticas protetivas, preventivas e repressivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente que não são efetivadas na prática.

Enquanto o Brasil não implementar os direitos acima elencados, falar em redução da maioridade penal é uma falácia (GOMES, 2014), pois afronta a Constituição Federal e, mesmo que se entenda contrário, somente será uma maquiagem na verdadeira causa da violência, ou seja, resolve o problema, e não a causa.

## CONCLUSÃO

Concluiu-se por meio da análise da história da Criança e do Adolescente até os dias atuais que os direitos previstos na Constituição Federal e demais legislações são direitos fundamentais, que objetivam resguardar a dignidade da pessoa humana, a isonomia entre os diferentes, bem como o princípio da vedação do retrocesso. Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente contém medidas de proteção, prevenção e punição suficientes para o caso do infrator juvenil. Logo, o artigo 288, da Carta Política numa interpretação sistemática constitui cláusula petrificada, que não pode ser alterada pelo legislador ordinário, sob pena de mudança da própria essência protegida pelo Constituinte originário. Além disso, os anseios da sociedade não serão satisfeitos com a redução da imputabilidade penal, o que se fará é mascarar o problema, o que precisa e resolve é investimentos em políticas públicas assistências e a efetivação dos direitos, previstos na Lei 8.069/90, eis que, apesar de vinte e cinco anos de sua publicação, a maioria de suas normas que protege integralmente o direito da criança e do adolescente só existe no papel.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Sande Nascimento. **Redução da maioridade penal**. Revista Visão Jurídica, n. 49, p. 61-66, Editora Escala, 2010.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **As propostas de emendas à constituição e a redução da idade da responsabilidade penal**, Marília, 2005. Acesso: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/monografia.pdf>. Acesso em 1 fev. 2015.

DANTAS SEGUNDO, Evaldo. **Redução da idade penal em face da Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2373, 30 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14105>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Redução da idade penal: solução ou ilusão? Mitos e verdades sobre o tema**. Disponível:<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>. Acesso em fev. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Redução da maioridade penal**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 12 fev. 2007. Acesso em fev. 2015.

\_\_\_\_\_, **O debate sobre a maioridade penal e suas falácias**. Disponível: <http://cartamaior.com.br/?/Coluna/O-debate-sobre-a-maioridade-penal-e-suas-falacias/28661>. Acesso em fev. 2015.

- \_\_\_\_\_, **Senado Rejeita a redução da maioridade penal**, 2014. <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/113663738/senado-rejeita-a-reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em fev. 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **A maioria e a maioridade penal**. publicado no *juris síntese* nº 66. jul/ago. 2007. São Paulo: Editora IOB Thopson, 2007.
- LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócio-Educativa é Pena?**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. **Sim à garantia para infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal**, 2009. Disponível em: [http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_21\\_2\\_3.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_21_2_3.php). Acesso em fev. 2015.
- \_\_\_\_\_, **Os adolescentes que estiveram em conflito com a lei. O que fazer?** Disponível em: [http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_reducao\\_maioridade\\_31.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_reducao_maioridade_31.php). Acesso em fev. 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 22ª Edição revista e atualizada por Renato N. Fabrini. Editora Atlas, 2005.
- MONTARROYOS, Heraldo Elias. **Redução da maioridade penal: uma terceira alternativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3984, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28974>>. Acesso em: fev. 2015.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9 ed. Atualizada com a EC nº 31/00. São Paulo: Atlas, 2001.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.
- PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- PINTO, Marcos José. **Redução da maioridade penal: afronta à Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21112>>. Acesso em: 1 fev. 2015.
- SANNINI NETO, Francisco. **Redução da maioridade penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3641, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24746>>. Acesso em: 1 fev. 2015.
- TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5958>>. Acesso em: 12 fev. 2015

***LIMITES À EXPEDIÇÃO DE PORTARIAS  
E DE ALVARÁS PELO JUIZ DA  
INFÂNCIA E JUVENTUDE: COMBATE  
AO “PRUDENTE ARBÍTRIO”***

*MOACIR SILVA NASCIMENTO JR  
MILLEN CASTRO MOURA*

Os Alvarás e Portarias previstos no Art. 149 do ECA só podem ser expedidos para cada evento específico, e não como norma geral, e não podem vedar o acesso a espetáculos por adolescentes e crianças acompanhados de seus responsáveis, sob pena de constituírem desrespeito ao exercício do poder familiar.

LIMITES À EXPEDIÇÃO DE PORTARIAS E DE ALVARÁS PELO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE:  
COMBATE AO “PRUDENTE ARBITRÍO”

Millen Castro Medeiros de Moura e Moacir Silva do Nascimento Júnior

INTRODUÇÃO

Matéria recorrente nas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, a análise de requerimentos para a expedição de alvarás e portarias judiciais que regulem a entrada de crianças e adolescentes em shows e festas ainda não mereceu estudo aprofundado pela doutrina. Tais pedidos costumam tumultuar os trabalhos da Promotoria de Justiça, principalmente quando apresentados às vésperas do evento, o que os torna “urgentes”, sob pena de perda do objeto. Via de regra, vem instruídos com poucos documentos, que não permitem uma análise criteriosa das condições de segurança do local, o tipo de frequência habitual, a natureza do espetáculo e sua adequação, ou não, à presença de crianças e adolescentes desacompanhados; enfim, não há base empírica para a análise técnica exigida pelo art. 149, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que inviabiliza a fundamentação exigida pelo § 2º desse mesmo dispositivo.

Além da ausência dos documentos necessários à análise dos requerimentos, os órgãos jurisdicionais e ministeriais, em sua maciça maioria, carecem de equipe multidisciplinar que possa fornecer pareceres técnicos a partir de tais elementos de convicção. Assim, as portarias e alvarás expedidos, em sua maioria, ou apresentam fundamentação tautológica, ou partem de juízos técnicos que não competem ao profissional da área jurídica. Mas esse não é o principal problema quanto ao tema.

Recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já constatou que a recorrente classificação etária de shows e demais eventos levada a efeito por autoridades judiciárias extrapola os limites normativos explicitados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Numa gama de casos, há a expedição de ato judicial para vedar o acesso de crianças e adolescentes, mesmo que acompanhados dos pais ou de responsável, o que se constitui evidente desrespeito ao texto expresso da lei.

PORTARIAS E ALVARÁS COMO ATOS JURISDICIONAIS

A atuação do Poder Judiciário, no que pertine à expedição de alvarás e de portarias, encontra-se prevista no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a sistemática adotada pelo Estatuto, para cada hipótese em concreto, há a necessidade de expedição de portaria que permita o acesso e a permanência de crianças e adolescentes **desacompanhados dos pais ou responsável**<sup>1</sup> nos locais que especifica. A decisão judicial relacionada àquele caso específico exige que o postulante comprove os cuidados demonstrados em sua preparação, para que, com base em parecer da equipe multidisciplinar, o Magistrado constate que o evento não gerará situações prejudiciais à peculiar condição de pessoas em desenvolvimento das crianças e adolescentes, cuidado que deve ser maior porque não se encontrarão na companhia dos pais ou responsáveis.

Há uma distinção entre os incisos I e II do art. 149. É necessária a obtenção de alvará para entrada e permanência de crianças e adolescentes nas hipóteses das alíneas do inciso I, **quando desacompanhadas de pais ou responsável. Já se a criança está acompanhada de pais ou responsável, sua entrada e permanência não dependem de autorização através de alvará.**

Para a participação da criança ou adolescente em espetáculo público ou ensaio e concursos de beleza, a obtenção do alvará é necessária, ainda que os pais ou responsável estejam presentes ao local (art. 149, inciso II). A inobservância dessa norma caracteriza a infração administrativa prevista no art. 258.

Contra as decisões referentes ao artigo 149, cabe recurso de apelação (art. 199). (BARROS, 2014, p. 256 e 257, destacado)

Tais alvarás e portarias, portanto, possuem dois requisitos básicos: serão expedidos a cada evento específico (em vez de uma norma genérica para todos os eventos similares) e se referirão apenas aos casos de adolescentes e crianças que estejam sozinhos (e não em companhia de seus responsáveis legais). O magistrado não pode mais, como o fazia no regime do revogado Código de Menores<sup>2</sup>, expedir normas gerais relacionadas a qualquer tipo de evento. Ademais, não deverá regular aspectos relacionados à entrada de crianças ou

<sup>1</sup> Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: (...) I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável (...)

<sup>2</sup> 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.

adolescentes acompanhados dos pais ou de responsável devidamente autorizado. Ambas as condutas violam a normatividade em vigor, ao contrário do que ocorria outrora, quando ao Juiz de Menores era atribuído, expressamente, verdadeiro poder normativo, de discutível constitucionalidade, que viabilizava inclusive a concessão de autorização para realização do evento<sup>3</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiu o Código de Menores, ao optar pela manutenção em seu texto do instituto da portaria judicial regulamentadora (ou disciplinadora, segundo seu enunciado), **teve de conciliá-lo com a nova orientação constitucional, acabando por dar-lhe uma "roupagem" totalmente diversa da que até então se conhecia, de modo a torná-la verdadeiro produto do poder jurisdicional (e não "legiferante") da autoridade judiciária competente.**

Neste sentido, o art.149 da Lei nº 8.069/90, que passou a regular a matéria, procurou primeiramente limitar as hipóteses em que a autoridade judiciária detinha competência para expedição de portarias ou alvarás, tendo em seus incisos I e II efetuado uma enumeração absolutamente taxativa (e não meramente exemplificativa), dos casos passíveis de tal regulamentação.

Fora das hipóteses restritas do art.149, incisos I e II, da Lei nº 8.069/90, portanto, o Juiz da Infância e da Juventude não tem competência para expedição de portarias e alvarás, e qualquer ato judicial que extrapole os referidos parâmetros/limites legais será nulo de pleno direito. [...] (DIGIÁCOMO, 2015, destaques acrescidos)

A nova normativa sobre direitos infanto-juvenis deixa bem claro que o papel do magistrado é julgar casos concretos em processos específicos, assim afasta de si a expedição de normas gerais, atividade típica do legislador. No que diz respeito ao direito dos adolescentes à participação em diversões, compete-lhe, a cada caso concreto – repita-se – apenas baixar portarias ou conceder alvarás:

De acordo com o art. 149 do Estatuto, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude poderá *disciplinar, por meio de portaria, ou autorizar, mediante alvará*, a entrada e a permanência de crianças ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em determinados locais, e a participação em espetáculos públicos e certames de beleza. Não se trata, como pode parecer, de competência normativa do magistrado. Aliás, o Estatuto veda que o juiz elabore norma de comportamento social, que deve decorrer exclusivamente de processo legislativo, ao prever que as decisões judiciais (formalizadas através de portaria) devem estar adstritas a situações casuísticas, concretas e não gerais.

As portarias judiciais são *atos que disciplinam situações concretas*, em particular, as diversões públicas da criança e do adolescente. Geralmente estabelecem condições para que crianças e adolescentes possam usufruir de determinados locais. Exemplo: condições para a entrada de adolescentes desacompanhados de seus pais em determinado estádio de futebol. Diferem-se dos alvarás judiciais, que são dirigidos a determinada pessoa física ou jurídica, como ocorre, por exemplo, para a participação de determinada criança em certame de beleza. [...]

O STJ reconheceu a *natureza jurisdicional*, e não administrativa, das *portarias editadas* com respaldo no art. 149 do ECA, (STJ, RMS 8563/MA, rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ 06.11.2000). [...] (ROSSATO, 2014, p. 440)

Ao julgar *Habeas Corpus* impetrado contra ato de Juiz de Direito que havia instituído “toque de recolher” no estado de São Paulo, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade da limitação imposta pelo Estatuto por meio do dispositivo já transcrito, constando do voto proferido pelo Min. Herman Benjamin a seguinte fundamentação:

Bem se vê, portanto, que, ao contrário do regime estabelecido pelo revogado Código de Menores, que atribuía à autoridade judiciária competência para, mediante portaria ou provimento, editar normas "de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor" (art. 8º), atualmente é bem mais restrito esse domínio normativo. Conforme faz claro o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autoridade judiciária pode

<sup>3</sup> Art. 7º À autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores. Parágrafo único. A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.

disciplinar, por portaria, "a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável" nos locais e eventos discriminados no inciso I, devendo essas medidas "ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral" (§ 2º). É evidente, portanto, o **propósito do legislador de, por um lado, enfatizar a responsabilidade dos pais de, no exercício do seu poder familiar, zelar pela guarda e proteção dos menores em suas atividades do dia a dia, e, por outro, preservar a competência do Poder Legislativo na edição de normas de conduta de caráter geral e abstrato.** (HC 207.720/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 23/02/2012, destacado).<sup>4</sup>

Ficou clara, portanto, a postura refratária do Superior Tribunal de Justiça ao exercício do "prudente arbítrio" por membro da Magistratura durante o regime democrático constitucional, diante do exposto texto do art. 149 do ECA, que impõe limites na expedição de portarias e alvarás direcionados à proteção de crianças e adolescentes.

### COMPETÊNCIA MATERIAL PARA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

É o art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata sobre a regulação de diversões e espetáculos públicos. No desempenho da competência material prevista no art. 21, XVI, da Constituição da República, que atribui à União o dever de "exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão", foi editada pelo Ministério da Justiça a Portaria nº 1.100<sup>5</sup>, de 14/7/2006, que enfatizou a natureza indicativa das classificações, com fins informativos e pedagógicos (art. 2º), dispensou da análise prévia daquele Ministério shows musicais e outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público (art. 4º) e consagrou a possibilidade de autorização, pelos pais, do acesso de crianças ou adolescentes com idade inferior à constante do certificado de classificação, desde que não se trate de evento recomendado apenas para adultos (art. 19).

Elucidativo o seguinte texto, disponível no *Site* do Ministério da Justiça:

A atividade de Classificação Indicativa é exercida pelo Ministério da Justiça com fundamento na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. [...]  
Após várias consultas públicas, foi publicada a Portaria nº 1.100, de 14 de julho de 2006, que estabeleceu novos procedimentos da Classificação Indicativa, como o fim da análise prévia para diversões e espetáculos públicos ao vivo, como peças teatrais,

<sup>4</sup> No mesmo sentido, REsp 1.292.143/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 21/6/12.

<sup>5</sup> Art. 2º A Classificação Indicativa possui natureza informativa e pedagógica, voltadas para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, devendo ser exercida de forma democrática, possibilitando que todos os destinatários da recomendação possam participar na condição de interessados do processo de Classificação Indicativa e, de modo objetivo, ensejando que a contradição de interesses e argumentos promovam a correção e o controle social dos atos praticados.

Art. 4º Não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como:

I - espetáculos circenses;

II - espetáculos teatrais;

III - shows musicais;

IV - outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público.

Parágrafo único. O produtor ou responsável pelas diversões públicas mencionadas neste artigo deverá indicar os limites de idade a que não se recomendem, seguindo os parâmetros estabelecidos no Manual de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça, a que se refere o art. 5º desta Portaria.

Art. 19. Cabe aos pais ou responsáveis autorizar o acesso de suas crianças e/ou adolescentes a diversão ou espetáculo cuja classificação indicativa seja superior a faixa etária destes, porém inferior a 18 (dezoito) anos, desde que acompanhadas por eles ou terceiros expressamente autorizados.

§ 1º A autorização de que trata o caput deste artigo, expedida pelos pais ou responsáveis legais, deverá ser retida no estabelecimento de exibição, locação ou venda de diversão pública regulada por esta Portaria.

§ 2º Na autorização, que poderá ser manuscrita, de forma legível, constarão os seguintes elementos essenciais:

I - identificação completa:

a) dos pais ou responsáveis;

b) da criança ou adolescente autorizado; e

c) do terceiro maior e capaz autorizado a acompanhar e permanecer junto à criança ou adolescente;

II - menção expressa:

a) ao nome da diversão pública para a qual se destina a autorização; e

b) do local e data onde será acessada ou exibida;

III - a descrição do "tema" e das inadequações de conteúdo da diversão pública, identificados na Classificação Indicativa;

IV - data e assinatura dos pais ou responsáveis.



shows musicais e espetáculos circenses. Outras novidades foram o acréscimo da Classificação de jogos eletrônicos e RPGs, a criação do “Manual da Nova Classificação Indicativa”, do Grupo Permanente de Colaboradores Voluntários e da faixa “especialmente recomendado”. **A Portaria também estabeleceu que pais e responsáveis poderiam permitir o acesso de crianças e adolescentes a qualquer obra ou diversão públicas, desde que não classificada como “não recomendada para menores de 18 anos”.** [...]

Ao discorrer sobre a classificação indicativa instituída pela Portaria 1.100/2006 do Ministério da Justiça, utilizada como fundamento para a decisão preferida por unanimidade de votos em Recurso Especial julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi afirmou o seguinte:

Foi com intuito de criar especial prevenção à criança e ao adolescente que o legislador impôs ao poder público o dever de regular as diversões e espetáculos públicos, classificando-os por faixas etárias (art. 74 do ECA).

Assim, a classificação é “indicativa” porque “os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão 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, do ECA). De posse dessa informação, os pais e responsáveis podem ajustar-se, frequentando aqueles espetáculos que melhor contribuirão para a formação que pretendem dar a suas crianças e adolescentes. A classificação indica previamente o que esperar de determinado espetáculo, de modo a informar para viabilizar a prevenção a danos.

Com essa sistemática, evita-se que pais, responsáveis e educadores em geral surpreendam-se ao assistir a espetáculo público, expondo involuntariamente crianças e adolescentes à programação imprópria. A classificação tem, portanto, nítido caráter pedagógico e preventivo. À princípio, ela não limita e nem se opõe à liberdade de educação, mas a auxilia, atuando como seu instrumento.

Ocorre que as funções da classificação indicativa não se esgotam nesse papel de auxiliar a educação. Com a entrada em vigor da Portaria 1.100, de 14/07/2006, do Ministério da Justiça, um segundo papel da classificação ficou sobremaneira mais claro e visível.

Em primeiro lugar, o art. 18 desse ato normativo estabeleceu que “a informação detalhada sobre o conteúdo da diversão pública e sua respectiva faixa etária é meramente indicativa aos pais e responsáveis que, no regular exercício de sua responsabilidade, podem decidir sobre o acesso de seus filhos, tutelados ou curatelados a obras ou espetáculos cuja classificação indicativa seja superior a sua faixa etária”.

Ao assim dispor, reforçou-se o papel indicativo da classificação, esclarecendo que os pais, mediante autorização escrita, podem “autorizar o acesso de suas crianças e/ou adolescentes a diversão ou espetáculo cuja classificação indicativa seja superior à faixa etária destes (...) desde que acompanhadas por eles ou terceiros expressamente autorizados” (art. 19). O estabelecimento empresarial reterá a autorização expedida pelos pais e, com isso, assegura-se que sua conduta não seja enquadrada em qualquer infração administrativa.

No entanto, o art. 19 da aludida Portaria também frisou que a autonomia dos pais não é tão larga a ponto de autorizar entrada de seus filhos menores em estabelecimento que exponha ao público espetáculo cuja classificação seja proibida para menores de 18 anos.

Aqui exsurge a segunda função da classificação: delimitar a liberdade de educação. A classificação é indicativa para as faixas inferiores a 18 anos; para esta é proibitiva. (REsp 1209792/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 28/03/2012, destacado)

Essa classificação dos espetáculos públicos busca orientar os pais para decidirem que tipo de evento seus filhos poderão assistir, de acordo com o seu específico estágio de desenvolvimento em que se encontrem, desde que não os exponha a eventos na faixa de 18 anos. Diz-se que essa classificação seria “indicativa” porque aos responsáveis compete decidir se seus filhos terão, ou não, acesso a determinado espetáculo; não se impõe um padrão, pois as crianças, acompanhadas de seus responsáveis legais, poderão ter acesso a obras acima de sua faixa, desde que – repita-se – não sejam estas classificadas para maiores de 18 anos.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Sobre o tema, leia-se ROSSATO, 2014, p. 264 e 266.

Para arrematar, a portaria ora comentada, em respeito à responsabilidade familiar, deixou a cargo dos pais e responsáveis (dentre eles, tutores e curadores) o poder discricionário de decidir o acesso ou não de seus filhos e pupilos às diversões e aos espetáculos acima de sua faixa etária (art. 18). Este acesso, contudo, somente é permitido desde que os menores de idade ou tutelados estejam acompanhados pelos pais ou por terceiros expressamente autorizados por aqueles.

Dessa forma, restou consagrado o posicionamento de privilegiar as decisões tomadas pelo núcleo familiar, no tocante ao lazer e à diversão. A função da valoração do que é melhor ou não para os filhos menores acerca desse direito retorna, então, às mãos dos pais ou responsáveis, pondo fim à dúvida antes existente. Por seu turno, o art. 75 impede o acesso de qualquer criança ou adolescente às diversões e aos espetáculos públicos considerados inadequados. Contudo, como vimos acima, esta norma hodiernamente deve ser entendida em cotejo com o moderno conceito de poder familiar, no caso em tela, consistindo no direito/dever dos pais de garantir o lazer dos filhos (art. 227 da CF/88) e, ao mesmo tempo, estabelecer limites ao seu acesso, respeitando a formação física e psicológica da prole (art. 17 do ECA). Esta autonomia dos genitores, entretanto, não é ilimitada, tanto assim que estão sujeitos à aplicação das medidas dos arts. 129 e 249 do ECA, além de outras em sede criminal. (MACIEL, 2013)

Nota-se, assim, que mesmo o órgão que possui a obrigação de classificar os espetáculos públicos, não veda o acesso de crianças e adolescentes se estiverem acompanhados de seus respectivos responsáveis. Ao proibir, por meio de portaria ou alvará, que esse segmento tenha acesso a shows e festas na companhia de seus pais, o Juiz da Infância e da Juventude apropria-se de competência material atribuída pela Constituição da República a outra entidade política e, o que é mais grave, sem contar com o aparato administrativo de que é dotado o Ministério da Justiça para proceder ao complexo processo de análise, muito bem explicitado em Manual elaborado pelo Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação da Secretaria Nacional de Justiça, do qual se extrai a seguinte trecho:

A análise de espetáculos, diversões públicas e obras audiovisuais segue um conjunto de preceitos básicos para tomar a classificação um processo objetivo, democrático e plural -, sempre em construção, em respeito à criatividade, à livre expressão dos produtores e aos direitos humanos.

Antes que uma classificação seja atribuída, a obra, diversão ou espetáculo devem ser analisados a partir de um conjunto diverso e complementar de indicadores estruturados e ordenados segundo um método de análise. Juntos e ponderados, esses indicadores - a existência de sexo e violência - ajudam a construir um relato fidedigno do objeto analisado, permitindo assim que a indicação etária ou horária corresponda às propostas da obra e ao público buscado pelo produtor. Este método de análise, que é um procedimento lógico, possui três etapas claramente definidas e integradas: [...] Descrição Fática, Graduação e Descrição Temática. (Manual, 2006, p. 6)

Fácil perceber, portanto, a inviabilidade material de que esse processo, dividido em três etapas, ocorra adequadamente no âmbito de órgãos jurisdicionais não dotados de equipe multidisciplinar e, principalmente, com base no acervo documental que na maioria das vezes instruem os requerimentos protocolados pelos organizadores dos eventos.

Não raro, situações de lastimável violação a direitos fundamentais de crianças e adolescentes ocorrem quando agentes de proteção, durante shows e festivais, abordam pais e mães na portaria ou mesmo dentro dos eventos, obrigando-os a se retirarem do local por estarem na companhia de adolescentes, já que existiria “portaria do juiz” que vedaria o acesso de adolescentes de até determinada idade ao recinto. Cumpre indagar sobre os reflexos desse ato de violência, ao menos simbólica, no desenvolvimento daquele adolescente que percebe censura policial (administrativa) àqueles que lhe servem de referência na formação do caráter. As consequências, a curto, médio e longo prazo, não serão administradas pelo agente político que expede a portaria, mas pelos pais, que precisam estar, diariamente, tomando decisões no intuito de assegurar o melhor desenvolvimento possível para seus filhos.

Evidentemente, shows ou espetáculos notoriamente enquadráveis como impróprios para adolescentes, ou seja, passíveis de receberem a classificação indicativa “Não recomendado para menores de 18 anos”, com a presença de sexo explícito, nudez total ou incesto, por exemplo, devem ser fiscalizados pelos

LIMITES À EXPEDIÇÃO DE PORTARIAS E DE ALVARÁS PELO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: COMBATE AO “PRUDENTE ARBÍTRIO”

agentes de proteção e, constatada a presença de adolescentes, a partir da lavratura do respectivo auto de infração, instaurar-se processo de aplicação da sanção cabível, assegurando-se o direito de defesa. Nos demais casos, estando os adolescentes em companhia de seus pais, não lhes compete intervir.

No âmbito preventivo, chegando ao conhecimento do Ministério Público que evento dessa natureza está sendo divulgado como indicado para adolescentes a partir de 16 (dezesesseis) anos, cabe a deflagração de processo judicial, a fim de que, instalado o contraditório, ocorra a adequação do conteúdo ou, aí sim, a expedição de ordem judicial impondo ao produtor que vede o ingresso de crianças e adolescentes, mesmo que acompanhados.

#### CONCLUSÃO

Não cabe ao Poder Judiciário invadir, sobre o pretexto de tutelar direitos de crianças e adolescentes, a seara de atuação dos pais, no âmbito do exercício dos deveres inerentes ao poder familiar, vedando o acesso de determinadas faixas etárias nos espetáculos teatrais, shows musicais e demais exibições ou apresentações abertas ao público. Isso somente poderia acontecer quando presentes circunstâncias de fato que imponham, nos termos do regulamento próprio expedido pelo Ministério da Justiça, o seu enquadramento como indicado apenas para adultos, assegurando-se sempre o exercício do contraditório.

#### PROPOSIÇÃO

Os alvarás e portarias previstos no art. 149 do ECA só podem ser expedidos para cada evento específico, e não como norma geral, e não podem vedar o acesso a espetáculos por adolescentes e crianças acompanhados de seus responsáveis, sob pena de constituírem desrespeito ao exercício do poder familiar.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

Classificação Indicativa. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ6C4030FEITEMID0650A4E4A4624FD1BABCFF7546AA1D29PTBRN.N.htm>>

DIGÍACOMO, Murillo José. O Estatuto da Criança e do Adolescente e as portarias judiciais. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=258>>, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. “Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Manual da Nova Classificação Indicativa. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em <<http://culturadigital.br/classind/files/2010/11/Manual-da-Nova-Classifica%C3%A7%C3%A3o-Indicativa.pdf>>

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

# ***REQUISIÇÃO MINISTERIAL PEDAGÓGICA PERSUASIVA***

*FABIANO DE ARAUJO SARAIVA*

As requisições Ministeriais de informações, exames e perícias na apuração de ilícitos devem ser realizadas utilizando-se medidas de coerção, de caráter Pedagógico Persuasivo, que estimulem a parte a ajustar o seu comportamento ao ordenamento Jurídico-Constitucional.

REQUISIÇÃO MINISTERIAL PEDAGÓGICA PERSUASIVA

FABIANO SARAIVA  
Promotor de Justiça do MPPE.

SUMÁRIO.

1. Introdução. 2. Requisição Ministerial. 3. O Ministério Público e a Autocomposição de Conflitos. 4. Requisição Ministerial e Medidas de Estimulo à Autocomposição. 5. Distinção Entre a Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva e o Instituto da Recomendação. 6. Formatação da Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva. 7. Conclusão.

1. Introdução.

O Ministério Público Brasileiro, como bem já delineado pela doutrina, após o advento da Constituição Federal de 1988, ganhou uma nova roupagem, deixando de ter apenas os consagrados papéis de titular da ação penal e de fiscal da lei, para também exercer a defesa dos direitos sociais.

A Carta Constitucional, através do insculpido no art. 127, erigiu o Ministério Público brasileiro à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, o art. 129 da CF/1988 explicita que é função institucional do Ministério Público, além de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, entre outras, 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, podendo, para tanto, expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e requisitar informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Observa-se que, sem deixar de cumprir o mister de promotor da ação penal, o Ministério Público assumiu também a função de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, incumbendo-lhe a promoção e a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Outrossim, cabe lembrar que a CF/1988 conferiu ao Ministério Público autonomia em relação a todos os poderes<sup>1</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao incumbir ao Ministério Público a defesa dos direitos sociais, difusos e coletivos<sup>2</sup> e o dotar de poderes para requisitar informações e certidões de funcionários públicos ou de particulares<sup>3</sup>, referendou a legislação infraconstitucional anterior, precisamente o disposto no art. 8º, §1º da Lei n. 7347/1984 (Lei da Ação Civil Pública), que já conferia ao Ministério Público tais poderes.

Desse modo, sempre que o representante do Ministério Público estiver realizando a investigação de um ilícito, poderá, no intuito de instruí-la e formar seu convencimento sobre o caso, requisitar informações, certidões, exames ou perícias de organismos públicos ou particulares.

Nesse contexto, indaga-se como deve este poder do Ministério Público ser exercitado de forma mais eficaz e pedagógica, no objetivo de se obter mais do que apenas informações da parte investigada, mas também, de pronto, alcançar uma composição do conflito e a restauração do ilícito objeto da investigação ministerial.

---

<sup>1</sup> Sauwen Filho, João Francisco. Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>2</sup> Mazzilli, Hugo Nigro. A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 107.

<sup>3</sup> Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública Em Defesa Do Meio Ambiente, Do Patrimônio Cultural e Dos Consumidores. 9ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

## 2. Requisição Ministerial.

Consoante já pontuado, nos procedimentos sob investigação do Ministério Público, o membro ministerial pode requisitar exames, perícias, informações e apresentação de documentos a autoridades públicas, a entidades privadas ou pessoas físicas.

Moutari define a requisição do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, como a ordem legal de apresentação de documentos, fornecimento de certidões ou realização de exames ou perícias, anotando que o objetivo é a coleta de provas documentais e periciais para instruir o inquérito civil.<sup>4</sup>

A requisição pode ser destinada a qualquer autoridade pública, quer seja Federal, Estadual ou Municipal de qualquer dos poderes, bem como a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado<sup>5</sup>.

Quando os destinatários das requisições forem o Governador, os membros do Poder Legislativo ou os membros de segunda instância do Poder Judiciário deverão ser expedidas pelo órgão executor, mas encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.<sup>6</sup>

O prazo para atender a requisição ministerial, segundo anotado na Lei da A.C.P. (Lei n. 7347/1984), não poderá ser inferior a dez dias úteis.<sup>7</sup> Por outro lado, a Lei orgânica do M.P.U. (Lei Complementar n. 75/1993) estabelece que as requisições devam fixar prazo razoável para seu cumprimento de até dez dias úteis, prorrogável mediante solicitação justificada.<sup>8</sup>

A legislação constitucional, como acima frisado, realçou este poder do órgão do Ministério Público, elencando o seguinte:

*“CF/1988: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

*(...)*

*VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;”*

Por sua vez, a legislação infraconstitucional faz previsões do mesmo gênero. Vejamos:

*“Lei n. 8625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):*

*Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:*

*I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:*

*a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;*

*b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

*c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;*

*II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;*

<sup>4</sup> Sousa, Moutari Ciocchetti. Ação Civil Pública e Inquérito Civil. 3ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>5</sup> Cf. art. 6º da Lei n. 7853/1989, art. 201, VI, c, do ECA.

<sup>6</sup> Mazzilli, Hugo Nigro. Op. citado. Pág. 431

<sup>7</sup> Cf. art. 8º, §1º da Lei de A.C.P.

<sup>8</sup> Cf. art. 8, §5º da L.C. n. 75/1993.

*III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;”*

*Lei Complementar Federal n. 75/1993. Lei Orgânica do M.P.U.:*

*(...)*

*Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:*

*I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;*

*II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;*

*III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;*

*IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;*

*Lei Orgânica do MPPE – Lei Complementar Estadual n. 12/1994:*

*(...)*

*Art. 6º - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:*

*I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:*

*(...)*

*b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

*(...)*

*II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;*

*III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;*

*“Ação Civil Pública - Lei n. 7347/1985:*

*(...)*

*Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.*

*§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.*

*§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.”*

Destarte, ante a normativa elencada na Constituição Federal brasileira e na legislação infraconstitucional a respeito do Ministério Público, observa-se, de forma marcante, sua condição de legítimo defensor da sociedade, tendo sido por esta razão dotado de vários poderes para bem exercer o seu mister, dentre os quais o de requisitar informações, documentos, exames e perícias.

### 3. O Ministério Público e a Autocomposição dos Conflitos.

O direito tem, entre suas inúmeras funções, a de direção de condutas e a de tratamento de conflitos.

O professor José Albuquerque Rocha esclarece que a função de direção de condutas consiste na capacidade do direito de fazer com que o grupo social aceite os modelos de conduta prescritos por suas normas como pauta de comportamento.<sup>9</sup>

O tratamento de conflitos, por sua vez, é a função do Direito de editar regras e aplicá-las no intuito de administrar e solucionar os conflitos<sup>10</sup>.

Dentre os modos de tratamento de conflitos, cabe destacar a autocomposição, que é aquele no qual a decisão resulta das partes, sem que haja uma provocação de terceiro. A decisão é obtida através de meios persuasivos e consensuais entre as próprias partes.<sup>11</sup>

O Ministério Público, diante de sua relevante atribuição de defender os mais caros interesses da sociedade, deve pautar sua atuação a fim de ser uma instituição que direcione as condutas sociais e a dos agentes públicos ao prescrito no ordenamento jurídico e ao bem-estar da coletividade, devendo para tanto se valer, dentre outras medidas, da autocomposição, persuadindo as partes para que ajustem seus comportamentos ao regramento legal e constitucional.

Atento a esses paradigmas, o Conselho Nacional do Ministério Público, C.N.M.P., editou a Resolução 118/2014, instituindo a Política Nacional de Autocomposição no âmbito do Ministério Público.

A resolução em comento enfatiza que o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além, para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive o acesso ao Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais (art. 127, caput, da CR/1988).

Anota-se que 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 consenso. Desse modo, faz-se necessário consolidar, no âmbito do Ministério Público, uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição.

Considera-se a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aqueles de natureza coletiva, podem ser resolvidos de forma célere, justa, efetiva e implementável.<sup>12</sup>

Seguindo essa diretriz de autocomposição dos conflitos, cabe firmar que a expedição de requisição ministerial, uma vez efetivada de forma pedagógica e persuasiva, também pode ser um instrumento para atingir este objetivo.

Uma pedagógica e persuasiva requisição ministerial tem o poder de prevenir ou restaurar uma conduta ilícita, bem como de conduzir o comportamento de agentes públicos ou privados aos preceitos legais constitucionais, apresentando-se, portanto, como um lícito instrumento de autocomposição dos conflitos.

#### 4. Requisição Ministerial e Medidas de Estímulo à Autocomposição.

Defende-se que as requisições ministeriais devem ser expedidas com anotações que expliquem e advertam a parte de todos os dissabores e penalizações que ela sofrerá caso o ilícito objeto da investigação ministerial exista, seja de sua responsabilidade e ela não adote imediatamente providências para saná-lo e não ajuste sua conduta às premissas do ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse sentido, as requisições ministeriais devem se utilizar de técnicas semelhantes às das *astreintes* judiciais, a fim de estimular a parte a cumprir voluntariamente o determinado no ordenamento jurídico.

Nesse passo, cabe lembrar que o Estado, em sua atividade de jurisdição, faz valer suas decisões através da força, da denominada coerção estatal.

---

<sup>9</sup> Rocha, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 28.

<sup>10</sup> Rocha, José de Albuquerque. Op. Citado.

<sup>11</sup> Rocha, José de Albuquerque. Op. Citado. Pág. 31.

<sup>12</sup> Recomendação do C.N.M.P. 118 de 1º de Dezembro de 2014. Publicada no DOU, Seção 1, de 27/01/2015, págs. 48/49)



O professor Miguel Reale ensina que a coação tem dois sentidos, um amplo, que significa a força estatal organizada para fazer valer o cumprimento de uma regra do ordenamento jurídico, e outro estrito, que é aquele utilizado pelo código civil e significa a violência física e psíquica de uma pessoa em relação a outrem<sup>13</sup>.

No aspecto processual, no entanto, considera-se esta força coercitiva estatal em sentido amplo, como sendo o gênero, do qual são espécies as medidas de coerção em sentido estrito e as medidas de sub-rogação.

As medidas de coerção em sentido estrito são aquelas na qual o Estado pressiona a parte a cumprir a regra insita no ordenamento jurídico, estimulando o seu adimplemento através de aplicação de sanções para o caso de descumprimento do *decisum* judicial. Exemplo da aplicação desta medida de coerção se encontra prevista na hipótese do art. 461, §4º, do C.P.C., na qual, nos litígios de obrigações de fazer, ou não fazer, o Juiz poderá estabelecer multa periódica para o caso de descumprimento da decisão judicial.

As medidas de sub-rogação, por sua vez, são aquelas na qual o Estado-Juiz, investido do seu poder amplo de coerção, faz no lugar da parte aquilo que ela voluntariamente deveria ter feito. Um exemplo de medida de sub-rogação se dá nas ações de despejo e de reintegração de posse, quando, diante da recalcitrância da parte em deixar voluntariamente o imóvel, o Estado-Juiz adentra neste e a retira.

Explicada a distinção da coerção estatal em sentido amplo e em sentido estrito, a proposta é que o órgão ministerial deve pautar a expedição das requisições ministeriais seguindo as técnicas de coerção em sentido estrito, persuadindo, estimulando a parte a adequar sua conduta ao determinado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A requisição ministerial deve ter um caráter autocompositivo, resolutivo, apresentando-se como um comando recomendativo e mandamental, sob pena da parte requisitada incorrer em diversos ilícitos e sanções previstas na legislação incidente ao caso concreto.

Desse modo, a requisição ministerial deve ser expedida fazendo constar os esclarecimentos sobre os males ocasionados pelo ilícito sob investigação, fundamentos jurídicos aplicáveis à espécie e o posicionamento do Ministério Público sobre tais casos, bem como advertindo-se a parte a respeito do crime elencado no tipo penal do art. 10 da Lei n. 7347/1985, dos atos de improbidade administrativa enunciadas nos art. 11 e art. 12 da Lei n. 9429/1992, além de outras sanções específicas relativas à irregularidade em apuração.

Todas estas anotações são medidas de estímulo, de convencimento ideológico e de certa pressão psicológica, para que a parte se comporte em consonância com o ordenamento jurídico e se obtenha a autocomposição do conflito.

Arremata-se, diante da utilização dessas medidas de convencimento ideológico e de coerção estatal em sentido estrito, que se pode denominar este ato do Ministério Público de Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva.

## 5. Distinção Entre a Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva e o Instituto Recomendação.

Importante destacar que a Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva difere do instituto da Recomendação, em que pese sua proximidade.

Osório Barbosa e Sérgio Monteiro Medeiros definem a Recomendação como o instrumento escrito pelo qual o órgão do Ministério Público indica, exorta, instrui ou orienta, sem a assunção imediata de resultado, pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, a que deem trato especial ou tratem com certa consideração, serviços públicos ou de relevância pública, ou ainda, com vista a que sejam respeitados bens, direitos e interesses, cuja defesa incumbe à instituição, fixando prazo para tanto<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cintra, Antônio Carlos de Araújo. Grinover, Ada Pellegrini. Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>14</sup> Barbosa, Osório e Medeiros, Sérgio Monteiro. Artigo: "A Recomendação Como Instrumento de Atuação do Ministério Público da União". Capítulo da obra coletiva: Ministério Público e a Ordem Social: 10 anos da LC 75/1993. Organizadores: Moura Júnior, Flávio Paixão e Outros. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

A Recomendação tem previsão legal na Lei n. 8.625/93, art. 27, parágrafo único, IV, que enuncia que “cabe ao Ministério Público emitir recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

A Lei Complementar n. 75/93 em seu art. 6º, inc. XX, também faz previsão da Recomendação, disciplinando que “compete ao Ministério Público expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”.

Por sua vez, a resolução n. 20/2007 do C.N.M.P. que trata da regulamentação do inquérito civil, dispôs, em seu art. 15, que o Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover, anotando, ainda, através do parágrafo único, que é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.

Através da disciplina imposta à Recomendação, verifica-se que sua utilização só pode ocorrer nos autos de procedimento preparatório ou de inquérito civil, enquanto a expedição da Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva não se submete a tal regramento, podendo ser utilizada já no primeiro despacho da notícia de fato que aponta ao Ministério Público, ou seja, quando da coleta das primeiras informações e antes mesmo da instauração de qualquer procedimento.

A expedição de Recomendação, na atividade prática do Ministério Público, ocorre, em regra, após o representante ministerial formar o seu convencimento sobre determinado caso concreto, exortando a parte a agir de tal e qual forma, a fim de que respeite os bens jurídicos cuja defesa incumbe à instituição.

Na Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva, o membro do *parquet* ainda não possui uma conclusão sobre os fatos a serem investigados, mas se vale de um instrumento de investigação, do poder de coletar dados, informações, documentos, exames e perícias, para determinar, conduzir o comportamento da parte para que deixe de praticar ação que viole ou venha a violar bens jurídicos cuja defesa incumbe ao Ministério Público. Nesse caso, o órgão ministerial faz exposições e advertências *initio litis*, *prima facie* e de caráter genérico, uma vez que ainda não possui um convencimento do resultado da apuração dos fatos ilícitos que lhes foram relatados.

Outra distinção que se pode destacar é que na Requisição Ministerial, necessariamente, há um comando imperativo à parte, de uma obrigação de fazer em face do órgão ministerial requisitante, consistente no fornecimento de dados, documentos, exames, perícias, havendo, inclusive, sanção de prisão para o caso de descumprimento, enquanto, na recomendação não se vislumbra esta particularidade.

A distinção, de fato, é singela e sutil, porém é pertinente e salutar percebê-la, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de se utilizar da Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva quando do primeiro despacho da notícia de fato apresentada ao Ministério Público.

## 6. Formatação da Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva

A título de proposição, traz-se à colação algumas premissas e sentenças que se entendem pertinentes e salutares de serem utilizadas no intuito de que a Requisição Ministerial alcance o objetivo da imediata prevenção ou reparação do ilícito sob investigação ou seu ajuste ao preconizado no ordenamento jurídico-constitucional.

Deve-se anotar a advertência prevista na Lei n. 7347/1985, em seu art. 10, na qual se enuncia que constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Alertar-se que o art. 11 da Lei n. 9429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece 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: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Nesse sentido, deve-se frisar também que a Lei n. 9429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), prevê, em seu art. 12, que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade, sujeito às

seguintes cominações: (...) III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Além de advertências, pedagogicamente, devem ser anotados posicionamentos jurídicos e esclarecimentos sobre os males que o ilícito sob investigação pode causar.

Por exemplo, na expedição de requisições cujo objeto da investigação seja ilícitos de poluição sonora deve-se fazer referência aos males causados por ela, enfatizando que é um grave e crescente problema de saúde pública, exigindo por isso atenção especial dos poderes públicos constituídos, sendo considerada um dos maiores problemas ambientais do mundo moderno e forte coadjuvante do aumento da depressão e outras severas doenças; que a OMS (Organização Mundial de Saúde), prevê oficialmente que, em no máximo 20 anos, a doença que irá atingir a maior parte da população é a depressão que, nas grandes cidades, está forte e diretamente relacionada aos abusos de emissões de ruídos.

Nos mencionados casos de apuração da infração de poluição sonora, as requisições devem explicitar também que tal crime e a contravenção penal de perturbação do sossego alheios são formas de violência urbana que geram e agregam outras formas de abuso e de criminalidade, servindo de atrativo e abrigo a diversos tipos de delitos mais graves, como o tráfico e o consumo de drogas, inclusive por adolescentes, e a prostituição infanto-juvenil. O seu combate geral, por outro lado, favorece a um trânsito e logradouros mais tranquilos, a segurança e a saúde públicas.

Observa-se, portanto, através da proposição realçada acima, que a Requisição Ministerial Pedagógica Persuasiva constitui um forte instrumento de convencimento da parte, a fim de que ela passe a agir em obediência ao ordenamento jurídico, resultando, assim, sanado o ilícito objeto da investigação ministerial.

## 7. Conclusão.

O Ministério Público alçou, com a Constituição Federal de 1988, a condição de defensor, por excelência, da sociedade brasileira, incumbindo-lhe a missão de defender os seus mais valiosos bens jurídicos.

Para o fiel e exitoso exercício de suas atribuições, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional dotaram o Ministério Público de vários poderes, dentre os quais o de requisitar informações, documentos, perícias e exames de agentes públicos ou de pessoas jurídicas privadas ou físicas.

A solução extrajudicial dos conflitos é uma diretriz que vem sendo recomendada e estimulada pelos órgãos superiores do Ministério Público e do Poder Judiciário. Dentre as medidas indicadas para esta resolução extrajudicial, encontra-se a autocomposição dos conflitos.

A Requisição Ministerial deve ser utilizada de uma forma pedagógica e profícua no intuito de se obter uma imediata resolução dos conflitos que envolvam bens jurídicos cuja defesa estão a cargo do Ministério Público.

Nas requisições ministeriais devem, portanto, constar esclarecimentos sobre os males causados pelo ilícito investigado, posições jurídicas dos órgãos ministeriais a respeito de questões da espécie, bem como advertências sobre as sanções legais aplicáveis a infrações daquela natureza, tudo a fim de estimular e conduzir o comportamento da parte em consonância com os preceitos constitucionais e o ordenamento jurídico, de modo a se fazer respeitar os bens jurídicos objeto da investigação do Ministério Público.

Enfim, arremata-se, com esteio nas premissas susodelineadas, que a Requisição Ministerial deve ser utilizada de forma pedagógica e persuasiva, para que, assim, possa ser mais do que um meio de coleta de provas, servindo também como um instrumento de solução extrajudicial de conflitos.

***DIREITO FUNDAMENTAL DE  
ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA,  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E  
ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO***

*ANDERSON BATISTA DE SOUZA*

São estratégias ao Ministério Público para concretização do Direito Fundamental de Acesso à Informação, regulamentada pela Lei nº 12.527/2011: Implementação da Política Pública por meio da recomendação, termo de ajuste e ação Civil Pública e uso da ação de Improbidade Administrativa.

## DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Anderson Batista de Souza*<sup>1</sup>

### 1 Introdução

O Ministério Público brasileiro, nos últimos anos, triunfou frente as vicissitudes que buscavam o retrocesso, com a rejeição da proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37 na Câmara dos Deputados, como resultado das manifestações populares de junho de 2013 e a confirmação em maio de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal do poder de investigação de natureza penal<sup>2</sup>.

A realidade brasileira dos últimos anos, diante da criminalidade desenfreada e da corrupção endêmica, impõe aos membros do Ministério Público discutir e propor de forma eficiente estratégias que permitam desafiar as condutas ilícitas que assolam a Administração Pública.

A sociedade da informação na era digital, traduzida na penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política é um fator de destaque para a reinvenção da transparência e uma das características marcantes da sociedade contemporânea. Gonçalves<sup>3</sup> afirma que para além dos seus impactos na economia, estas tecnologias vêm afetando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos da sociedade moderna, como a liberdade e a democracia. No centro da transformação, como instrumento da transparência, está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na sociedade da informação.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta o acesso à informação, catalogada no inciso XXXIII, art. 5º; inciso II, §3º do art. 37; e no §2º, do art. 216 da Constituição Federal, inovou o cenário normativo ao estabelecer o dever de informar (transparência ativa) e o direito de ser informado (transparência passiva), favorecendo a mudança do paradigma secretista pela transparência na gestão da coisa pública, além de criar ferramentas de organização e procedimento de viabilização e concretização do direito.

A presente tese propõe apresentar duas estratégias de atuação do Ministério Público brasileiro frente a necessária concretização do direito fundamental de acesso à informação, indicando os elementos normativos para compreensão do direito fundamental, descrevendo e analisando criticamente as condutas elencadas pela Lei de Acesso à Informação e tidas como atos de improbidade administrativa e sua relação de complementaridade com a Lei de Improbidade Administrativa.

### 2 Síntese dogmática

A Lei de Acesso à Informação (LAI) que regulamenta o direito fundamental de acesso à informação pública trouxe inovações no combate aos atos de improbidade administrativa. A inserção da lei no ordenamento jurídico traz novas condutas consideradas como atos de improbidade administrativa, a ensejar reflexos na Lei de Improbidade Administrativa, tais como: a relação de complementariedade, aplicação das sanções, aferição de dolo e culpa e da atribuição da responsabilidade por comportamentos ilícitos frente à transparência ativa e passiva. Das inovações e dos reflexos apontados, ressalta duas estratégias ao Ministério Público brasileiro:

a) Fomento na concretização da função de organização e procedimento do direito fundamental de acesso à informação pública, impondo ao Poder Público, o planejamento e a aplicação de recursos orçamentários na criação e manutenção da estrutura jurídico e material, nos exatos termos apresentados na LAI, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política pública, por meio da instauração do inquérito civil, realização de audiência pública, celebração de termo de ajuste de conduta, expedição de recomendação e proposição de ação civil pública;

b) Uso da ação de improbidade administrativa, fundada na Lei nº 8.429/1992, em conjunto com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (LAI), enquanto enfrentamento da função de defesa do direito fundamental, o qual impõe ao Poder Público um dever de abstenção na criação de obstáculos, negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública, bem como no impedimento da divulgação de informação pessoal ou sigilosa.

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Amapá. Mestrando em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em convênio com o Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP).

<sup>2</sup> Em sessão realizada no dia 14.05.2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal no Recurso Extraordinário nº 593727. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 27 maio 2015.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003. p.7.

### 3 Fundamentação

#### 3.1 Direito fundamental de acesso à informação pública

O direito fundamental de acesso à informação pública é o instrumento, não exclusivo, de realização do princípio jurídico da transparência, assegurador tanto na dimensão subjetiva, quanto na dimensão objetiva fundamental, do acesso à informação detida e/ou produzida pelo Estado, definida nos termos do direito positivo como pública, já consideradas as restrições constitucionalmente estabelecidas, tais como o direito à privacidade e à informação no interesse da segurança da sociedade ou do Estado.

A liberdade de informação compreende a “procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura”<sup>4</sup>. É uma liberdade protegida de forma complexa. A estrutura básica de proteção ou o perímetro protetor que a circunda, dá-se pela proteção conferida pelo direito (direito à informação).

Canotilho e Vital Moreira<sup>5</sup>, com esteio na Constituição Portuguesa, revela que o direito à informação apresenta três planos: o *direito de informar* consistente na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento. O *direito de se informar* consistente na liberdade de recolha de informação, procura de fontes, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. E por fim, o *direito de ser informado* consistente no direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado.

No Brasil, o acesso à informação detida por órgãos ou entidades públicas ou privadas está assegurado em diversos dispositivos constitucionais, são eles: o art.5º, em seus incisos XXXIII, XXXIV, (alínea “b”), LXXII; art.37, § 3º, II; e, art.216, § 2º.

Não há diferenciação substancial, enquanto norma abstrata, em razão da diversidade de enunciados, quando os objetivos perseguidos são os mesmos. O critério para diferenciar a utilização de um ou de outro texto normativo, no universo de direitos e garantias que reforçam a normatividade do acesso à informação, é o resultado da relação entre o tipo de informação (pública, pessoal ou sigilosa) e o interesse vinculante à espécie do direito (interesse privado ou interesse público<sup>6</sup>), cujo produto confere publicidade ou reserva da informação.

Dessa forma, surgem as seguintes hipóteses a considerar:

a) A informação pública, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art.5º, XXXIII; art.37, §3º, II, e art.216, §2º, da CF/88;

b) A informação sigilosa, ao atender o critério do interesse público secundário, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art.5º, XXXIII, da CF/88;

c) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art.5º, XXXIII; art.37, §3º, II, e art.216, §2º, da CF/88;

d) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse privado, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art.5º, X, da CRFB.

Na forma de enunciados o resultado é o seguinte:

a) o interesse público primário condiciona a publicidade da informação pública;

b) o interesse público secundário condiciona o sigilo da informação, quando vinculada à segurança da sociedade e do Estado;

c) a informação pessoal é aquela relacionada à pessoa, que pode ser pública (dados não sensíveis), de acessibilidade a todos, ou não pública (dados sensíveis), em respeito ao direito à privacidade.

#### 3.2 Acesso à informação e improbidade administrativa

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), por força do art.32, §2º, permitiu a inserção de novas hipóteses a caracterizar atos de improbidade administrativa, sem prejuízo daquelas já catalogadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Da relação estabelecida entre os dois textos legais é possível anotar breves considerações, de caráter não exaustivo: i) complementaridade das leis; ii) aplicação das sanções; iii) dolo e culpa; e, iv) condutas improbas relacionadas às transparências ativa e passiva.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.246.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*: art.1º a 107. Coimbra: Almedina, 1993. p.225.

<sup>6</sup> A expressão *interesse público* projeta diferentes acepções. São encontrados três tipos de significados distintos: (i) indica o interesse da sociedade, da coletividade como um todo. Interesse é o *bem comum*, também denominado como interesse primário; (ii) refere-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular. Interesse público é o *interesse do ente público*, também denominado como interesse público secundário; e, (iii) embora diga respeito a um particular, refere-se a valores ou direitos cuja proteção interessa à coletividade como um todo, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis. Interesse público é o *interesse indisponível*. Já o *interesse privado* é aquele buscado por uma pessoa para satisfação de necessidade exclusivamente particular, cujo objeto pode ser disposto livremente por seu titular.

*i) Complementaridade das leis*

A inovação legislativa trazida pela LAI segue uma tendência de tipificação de condutas improbas ao longo de textos legais especializados, diversos daqueles elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do Estatuto da Cidade (art.52) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (art.85).

Esse fenômeno não causa maiores dificuldades, em razão do microssistema criado e dos avanços nas discussões dogmáticas e jurisprudenciais assentadas por vários anos de vigência da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o que não dispensa atenção a norma especializada (LAI), de modo a compreender sua sistematicidade frente aos valores, princípios e diretrizes de conformação da legislação ordinária à valores constitucionais, cuja realidade impõe atenção no esforço hermenêutico de consolidação de interpretação do ato de improbidade.

As condutas tipificadas tanto na Lei de Improbidade Administrativa, como na Lei de Acesso à Informação tendem a corresponder em hipóteses exemplificativas ou de verdadeiras cláusulas gerais, a depender do esforço jurídico de justificação na adequação do comportamento improbo de previsão abstrata à conduta humana no mundo fático.

A tipificação do ato de improbidade administrativa é aberta e o rol de condutas é exemplificativo, pois os arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, ao elencarem condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam da expressão “notadamente”, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade. A qualificação da conduta como ato de improbidade, nessa linha de raciocínio, dependerá da presença dos pressupostos elencados no *caput* das três normas jurídicas em referência.

Com a inovação normativa da LAI, a tese do rol exemplificativo também se incorpora na previsão do art.32, §2º, o qual remete à solução de considerarmos como ato de improbidade administrativa aquelas condutas previstas no art. 7º, §4º, da LAI, consistente na negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada, e a dos incisos do art.32 da LAI, quais sejam: i) recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; ii) utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; iii) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; iv) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; v) impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; vi) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e vii) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

O elenco de tais comportamentos, não afasta a interpretação de outras condutas que no plano fático podem resultar na subsunção aos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992. Há uma verdadeira relação de complementaridade e não de exclusão por sua especialidade. A previsão da LAI acaba por se transformar em norma de apoio ao aplicador do direito na função de subsumir a hipótese legal, sem excluir os atos de improbidade já consagrados da Lei de Improbidade.

Esta relação de comunicabilidade é evidenciada por três razões. Primeiro pelo vínculo de dependência às regras de processo e procedimento, sem os quais não se viabilizaria atribuir a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, vulnerando a norma constitucional que se propõe na sua vedação. Segundo, constituir-se a legislação em microssistema de observância obrigatória. E, o terceiro, como corolário das duas anteriores, pela aplicação das sanções, entre aquelas previstas no art.12 da Lei de Improbidade Administrativa, na forma e gradação estabelecida abstratamente.

*ii) Aplicação das sanções*

Sobre a aplicação das sanções correspondentes às condutas constitutivas de improbidade, a LAI tratou de normas substanciais no sentido de apontar comportamentos que deverão ser considerados como atos de improbidade administrativa, contudo silenciou quanto às espécies de penas em que se deve considerar.

A exemplo do Estatuto da Cidade e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que enumeraram condutas que são classificadas como atos de improbidade administrativa, a Lei de Acesso à Informação não definiu as respectivas sanções. Por esta razão, a aplicação da referida norma depende da interpretação conjugada com a Lei nº 8.429/1992, especialmente da previsão do art. 12, que define as sanções aplicáveis, conforme as modalidades de comportamento (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração).

É preciso averiguar se a conduta, comissiva ou omissiva, praticada pelo agente público e mencionada no art. 32 da LAI acarretou enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração para aplicação das sanções enumeradas, respectivamente, nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

O esforço de justificação e classificação da conduta entre aquelas previstas não se revela de menor importância, pois a lei o faz com o intuito de permitir a aplicação da penalidade adequada e proporcional à gravidade do comportamento. Trata-se de individualização da sanção ao nível abstrato da legislação.

Em juízo abstrato da LAI, não se pode concluir antecipadamente, que as condutas consideradas como atos de improbidade administrativa e elencadas no art.32 da LAI são as que atentam contra os princípios da administração pública, como aqueles previstos no art.11 da Lei de Improbidade Administrativa. Primeiro, porque



a LAI assim não as definiu e, segundo, porque dos comportamentos previstos, é negável que em determinadas hipóteses as condutas podem importar em enriquecimento ilícito ou causar prejuízos ao erário.

*iii) Dolo e culpa*

A exigibilidade de dolo ou culpa na conformação do ato de improbidade administrativa vai depender de duas variáveis. Se a hipótese elencada no art.32 da LAI exige expressamente a vontade de produzir o resultado improbo, na modalidade dolosa, tal como fizeram os incisos I (retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa); III (agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação); V (impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem); e VI (ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros), ou, na conformidade de classificação do comportamento enquanto enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração, os quais exigem o comportamento doloso entre todas as possíveis classificações e também culposo exclusivamente na lesão ao erário.

*iv) Condutas improbas relacionadas às transparências ativa e passiva*

A transparência ativa correspondente à divulgação da informação, independentemente de solicitação, de modo a evitar o desperdício de tempo e de recursos financeiros do cidadão e da própria Administração Pública, que deixa de prestar atendimentos repetitivos. O Poder Público está obrigado a publicar informação considerada essencial, tal como o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e, respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (art.8º). Por sua vez, a transparência passiva, o sujeito a quem cabe o dever de informar divulga informação sob demanda, em atendimento à solicitação do cidadão (art.10).

O fio condutor da distinção é a presença ou a ausência de dois elementos: espontaneidade na oferta da informação (transparência ativa) e atendimento à solicitação do cidadão (transparência passiva). Em decorrência da inserção da transparência ativa na dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental de acesso à informação pública, resta reconhecer o caráter normativo, que impõe tanto a obrigação de cumprir com a solicitação (transparência passiva) quanto com o dever de informar espontaneamente o que não é solicitado, mas é de interesse coletivo e geral (transparência ativa). Sendo assim, tanto a transparência ativa quanto a transparência passiva constituem deveres de observância obrigatória pelo Poder Público.

Nessa obrigatoriedade vinculada surge o questionamento de considerar como ato de improbidade administrativa tão somente as condutas que espelham comportamentos de uma transparência passiva, como quer fazer crer as hipóteses do art.32 da LAI, ou se os comportamentos de inobservância da transparência ativa também teriam o mesmo caráter ilícito.

A problemática apresentada é relevante e de interesse ao Ministério Público, uma vez que, e.g. a constatação da inexistência de sítios oficiais na rede mundial de computadores (internet), conforme exigido no art.8º, §2º, da LAI, que funciona a serviço da transparência ativa, poderia resultar na responsabilização por ato de improbidade administrativa, no comportamento de recusar a fornecer informação requerida (art.32, I da LAI), combinada com a negativa de publicidade aos atos oficiais (art.11, IV, da Lei de Improbidade Administrativa).

O raciocínio de responsabilidade por ato de improbidade ao gestor público responsável que deixe de garantir, mediante a implementação da organização e procedimento da estrutura exigida pela LAI, pode representar um novo panorama de atuação institucional e de eficiência na concretização do direito fundamental de acesso à informação pública, combinado com outras ferramentas de sua exigibilidade, tal como a ação civil pública.

### **3.3 Acesso à informação, combate à corrupção e *accountability***

O Estado constitui uma das maiores e mais importantes fontes de informação. Seu complexo funcionamento relaciona-se diretamente com a sua ação produtora, receptora, ordenadora e disseminadora de informações<sup>7</sup>. Resta evidente a relação entre transparência e informação, aquela como canal de instrumentalização, capaz de reescrever as relações entre Estado e cidadão, com reflexos importantes, tais como o *accountability* e o combate à corrupção.

Schedler<sup>8</sup> identifica as dimensões e os distintos significados do *accountability*. Distingue as duas conotações básicas que o termo suscita. A primeira é a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a obrigação de os oficiais públicos informarem e explicarem seus atos, e a segunda é a capacidade (*enforcement*) das agências de *accountability* (*accounting agencies*) de impor sanções e perda de poder para

<sup>7</sup> JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade informacional do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: UFF, 1999. p.29.

<sup>8</sup> SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.) *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers. 1999.



aqueles que violaram os deveres públicos. A noção de *accountability* seria portanto bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (*answerability* e *enforcement*). O *accountability* centra-se no objetivo de controlar o poder. Para o autor, haveria três formas básicas de prevenir o abuso do poder: i) sujeitar o poder ao exercício das sanções; ii) forçar que os atos dos governantes sejam justificados; e iii) obrigar que esse poder seja exercido de forma transparente.

Para Bizerra<sup>9</sup> existe uma interligação entre *accountability* e transparência, pois a transparência é o meio de gerar a *accountability* no setor público, pois não há como atribuir responsabilização aos gestores quando não é possível ter conhecimento por meio de informações claras sobre o modo em que os recursos foram utilizados e quais os resultados gerados em decorrência das políticas públicas adotadas.

A transparência propicia ferramentas para o combate à corrupção. Mais do que um problema ético ou falha moral da pessoa humana, a corrupção hoje é considerado um fato de implicações sociais preocupantes.

A relação entre corrupção e economia no setor público pode ser observada por dois importantes relatórios produzidos recentemente pela União Europeia (UE) e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo no Brasil (FIESP). Ambos refletem a preocupação conjunta dos Estados (europeus) e da iniciativa privada (Brasil) na identificação e formulação de propostas de combate à corrupção.

O Relatório<sup>10</sup> *EU Anti-Corruption report*, publicado em fevereiro de 2014 pela Comissão para Assuntos Internos da União Europeia (UE), mostra que a corrupção custa cerca de 120 bilhões de euros por ano à economia do bloco, o que é equivalente a quase todo o orçamento anual da União Europeia. Para efeitos de comparação, o estudo realizado pela FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) no ano de 2010 mostrou que a corrupção custa ao Brasil entre R\$ 49,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano.

O relatório da UE sugere soluções, que incluem: i) melhores padrões de responsabilidade e de integridade; ii) mecanismos de controle de autoridades públicas; iii) enfrentamento dos conflitos de interesses por parte de funcionários; iv) combate à corrupção local e em empresas estatais; v) eficácia dos tribunais e da polícia, e mecanismos de proteção para os denunciantes; vi) limitação dos riscos de suborno em países estrangeiros, com *lobby* mais transparente; e, por fim, vii) desenvolvimento de ferramentas inovadoras para aumentar a transparência.

Por sua vez, o relatório produzido pela FIESP<sup>11</sup> sugere que as ações anticorrupção no Brasil devem ser focadas em duas questões principais: i) criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na administração pública; e, ii) redução da percepção de impunidade, por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, de modo a induzir a mudança do comportamento oportunista.

Em comum no diagnóstico e nas propostas apresentadas pelos relatórios, encontra-se a elevação de práticas fundadas na transparência e de atribuições de responsabilidades no controle de ações das autoridades públicas.

Mecanismos políticos que aumentem o nível de *accountability* ou de responsabilização, incentivos à punição de corruptos, aumento da transparência governamental tendem a reduzir a incidência da corrupção<sup>12</sup>.

O acesso à informação favorece o ambiente de responsabilização ou tomada de contas do governante, na exata medida em que proporciona meios no encaminhamento de denúncias, formulação de representações às instituições incumbidas no dever de promover a fiscalização.

Tais elementos, transparência, direito de acesso à informação, combate à corrupção e *accountability* tendem a revelar a importância do tema improbidade administrativa como ferramenta de atribuição de responsabilidade, limitação do poder arbitrário e condução preventiva e proba da coisa pública, na certeza da imposição de penalidades.

A *answerability* do agente público na obrigação de justificação dos seus atos e o *enforcement* do Ministério Público brasileiro na imposição das sanções por atos de improbidade administrativa, sinalizam nos tempos atuais o importante papel na concretização da LAI.

### 3.4 Duas estratégias de atuação do Ministério Público

A LAI desafia o Ministério Público na garantia do acesso à informação pública como instrumento de combate à improbidade administrativa. Novas perspectivas se colocam, especialmente quando inseridas no contexto dos direitos fundamentais.

A doutrina está de acordo com a visão dupla dos direitos fundamentais, enquanto direito de defesa e a prestação<sup>13</sup> (direito de proteção; organização e procedimento; e, prestações materiais sociais).

<sup>9</sup> BIZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.54-55.

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2015.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

<sup>12</sup> LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman; SOARES, Rodrigo. *Accountability and corruption: political institutions matter*. Economics & Politics, v. 17, n. 1, 2005.

Ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CF/88). Inegavelmente garantir a eficácia (concretização) do direito fundamental de acesso à informação pública está entre as atribuições constitucionais.

O papel do Ministério Público na difícil tarefa de proporcionar a mudança de paradigma na cultura do segredo para a transparência compõe duas grandes estratégias (desafios), quando compreendida a dupla função que os direitos fundamentais desafiam (defesa e prestação).

A primeira estratégia (desafio) institucional importante é o enfrentamento da função de organização e procedimento do direito fundamental de acesso à informação pública. O direito (função) à organização e ao procedimento centra-se na possibilidade de exigir do Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos ou instituições e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. O estabelecimento de um procedimento de acesso à informação tornou concretamente possível viabilizar na correspondência de uma organização os meios para promoção na oferta de informação requerida pelo cidadão (prazo, justificativa pela denegação etc.), e do recurso administrativo de revisão do pleito indeferido ao superior hierárquico, CGU e Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

A estrutura organizacional e procedimental criada pela LAI implica recursos orçamentários de criação e manutenção do seu complexo não só na esfera federal, mas também estadual, distrital e municipal, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política de Estado.

Nessa problemática, o Ministério Público brasileiro deve encarar o desafio, enquanto estratégia institucional no acompanhamento da criação, manutenção e permanente execução de toda a organização e procedimento formatado pela LAI, a incluir entre os poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal e as leis que a sinalizam a instauração de inquérito civil, realização de audiência pública, celebração de termo de ajuste de conduta, expedição de recomendação e propositura de ação civil pública.

A segunda estratégia (desafio) institucional é garantir a eficiência da atuação ministerial no uso das ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), enquanto enfrentamento da função de defesa do direito de acesso à informação pública. O capítulo V, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), intitulado “Das responsabilidades”, propõe o cumprimento deste importante aspecto.

A função de defesa que impõe ao Estado um dever de abstenção ou de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo é caracterizada por uma dupla perspectiva: a) impedir a divulgação de informação pessoal ou sigilosa; e b) impedir a criação de obstáculos ou a negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública.

As duas perspectivas são inseridas na LAI como atos de improbidade administrativa, *e.g.* tanto é ato de improbidade administrativa do agente público que divulga ou permite a divulgação, acesse ou permita o acesso indevido à informação pessoal ou sigilosa, como a conduta daquele que não a revela, ao recusar fornecer informação requerida ou impõe sigilo para obter proveito pessoal ou de terceiro.

Incluir tais comportamentos como ilícitos e atribuir a responsabilidade civil, administrativa, disciplinar, criminal e especialmente por improbidade administrativa reforça a juridicidade do comportamento probo à que está submetido o agente público, tanto em sua tarefa de ofertar transparência na condução da coisa pública quanto na de reservar o segredo nas hipóteses em que a própria Constituição Federal autoriza.

O Ministério Público brasileiro, ao figurar como titular das ações de improbidade administrativa no combate aos atos de improbidade das condutas elencadas pela LAI (art.32), sintetizadas em comportamentos de permissão no acesso ao cidadão da informação pública e garantia no resguardo do segredo nas informações sigilosas ou pessoais, cumpre o papel de agente concretizador do direito fundamental de acesso à informação pública.

Em comum, as funções destacadas têm por objetivo promover correspondência entre a garantia constitucional do que resulta o direito e as medidas positivas do Estado destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais. O Ministério Público torna-se nesta realidade a única instituição com a independência necessária para fomentar tais estratégias.

#### 4 Conclusão

Segundo notícia vinculada na imprensa no ano de 2015<sup>14</sup>, levantamento feito pela Controladoria-Geral da União (CGU) por meio do projeto Escala Brasil Transparente, que mede a transparência pública, aponta que 63% dos municípios e dois estados (AP e RN) tiraram nota zero em transparência pública. Foram avaliados 492 municípios com até 50 mil habitantes, todos os estados, capitais e o Distrito Federal. Do total de municípios

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993, p.430 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.167.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/cgu-63-das-cidades-e-dois-estados-tiraram-nota-zero-em-transparencia>>. Acesso em: 27 maio 2015.

analisados, 424 ainda não regulamentaram os dispositivos que permitem à população ter acesso aos dados dos órgãos públicos.

A realidade apontada e a que traduz a falta de implementação e concretização dos preceitos da Lei de Acesso à Informação reforçam a importância do debate e do desenvolvimento do tema no âmbito do Ministério Público.

O papel do Ministério Público compõe duas estratégias, quando compreendida a dupla função que o direito fundamental de acesso à informação pública desafia (defesa e prestação):

a) Fomento na concretização da função de organização e procedimento do direito fundamental de acesso à informação pública, impondo ao Poder Público o planejamento e a aplicação de recursos orçamentários na criação e manutenção da estrutura jurídico e material, nos exatos termos apresentados na LAI, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política pública, por meio da instauração do inquérito civil, realização de audiência pública, celebração de termo de ajuste de conduta, expedição de recomendação e propositura de ação civil pública;

b) Uso da ação de improbidade administrativa, fundada na Lei nº 8.429/1992, em conjunto com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (LAI), enquanto enfrentamento da função de defesa do direito fundamental, o qual impõe ao Poder Público um dever de abstenção na criação de obstáculos, negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública, bem como no impedimento da divulgação de informação pessoal ou sigilosa.

A conjugação de esforços pelo Ministério Público brasileiro que favoreça a busca pela estruturação da organização e do procedimento no modelo legal proposto pela Lei de Acesso à Informação, na garantia do acesso à informação pública e de resguardo do segredo nas hipóteses constitucionais, em conjunto, principalmente com medidas de responsabilização por atos de improbidade administrativa, compõe os novos desafios da Instituição tendentes à concretização do direito fundamental.

### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.

BIZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: art.1º a 107*. Coimbra: Almedina, 1993.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade informacional do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: UFF, 1999.

LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman; SOARES, Rodrigo. *Accountability and corruption: political institutions matter*. Economics & Politics, v. 17, n. 1, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.) *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers. 1999.

# ***SISTEMA DE PROTEÇÃO, DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI***

*TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES  
GUSTAVO ROBERTO COSTA  
PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL  
ROBERTO LIVIANU*

A insegurança, violência e impunidade são atrozes, tal como os frequentes episódios de desrespeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Os mecanismos sociais de prevenção e punição destes episódios não proporcionaram os resultados esperados. A Redução da Maioridade Penal ou qualquer alteração normativa pontual ou assistemática, não solucionará ou amenizará problemas existentes. Apenas uma mudança conjunta e harmônica nas diversas Leis que abordam, imediata ou mediamente, o Sistema Socioeducativo, com a re-adequação do Regulamento Jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os efeitos necessários.

**SISTEMA DE PROTEÇÃO, DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI**  
**TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES – 5º Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo**

**1. SÍNTESE DOGMÁTICA**

Inquestionavelmente, os graus de insegurança, violência e impunidade, no Brasil, são elevados. Também nos parece indiscutível que os episódios de desrespeito aos direitos humanos fundamentais envolvendo entidades de atendimento de adolescentes, inadmissíveis em uma sociedade que se ambiciona civilizada, são frequentes.

É igualmente certo que os mecanismos de prevenção e punição da violência, de preservação da paz, e de garantia do respeito aos direitos dos menores de dezoito anos, tal como empregados até o momento, foram incapazes de propiciar condições de harmonia e segurança que afiancem uma saudável vida coletiva, e um processo socioeducativo qualificado e competente.

Contanto os diagnósticos sejam indubitáveis, a redução da maioridade penal ou qualquer alteração normativa pontual ou assistemática, não solucionará ou amenizará os graves problemas existentes, e tampouco produzirá os efeitos necessários. Apenas uma mudança nas diversas leis que abordam, imediata ou mediatamente, o sistema socioeducativo, com a readequação do regulamento jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os resultados imprescindíveis, com o fortalecimento do princípio da proteção integral.

A legislação vigente, a despeito da vanguardia e evolução, pode ser reexaminada, sobretudo naquilo atinente à proteção da cooptação feita por maiores imputáveis; ao cumprimento do sistema vigente pelas entidades de atendimento; e à responsabilização de autores de atos graves. Com isso, pretende-se impedir o aliciamento de adolescentes, assegurar o respeito às regras correntes (com responsabilização dos dirigentes de entidades), e ampliar as condições de reeducação, por período suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.

Estas mudanças, que robustecerão a proteção integral, abraçam alterações em diversas normas jurídicas que atingem, direta ou indiretamente, o sistema socioeducativo e a prática de atos infracionais.

**2. FUNDAMENTAÇÃO**

O advento da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer a doutrina da proteção integral, operou verdadeira revolução na ordem jurídica nacional, reconhecendo que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais a serem assegurados com absoluta prioridade.

Parcela deste avanço consistiu na instituição de um sistema de responsabilização diferenciado para os adolescentes que incorrem na prática de atos infracionais, sujeitando-os às medidas socioeducativas e protetivas.

E passados 25 anos da sua publicação, contanto o Estatuto seja constantemente desrespeitado, é possível auferir, com a necessária segurança, os efeitos daquilo implementado pelos órgãos e Instituições envolvidos.

Neste período, inquestionavelmente houve um recrudescimento da violência, sobretudo nos grandes centros urbanos onde se constata um crescimento exponencial das apreensões por atos infracionais, cada vez mais graves. Dados da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente e do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) registram um aumento de 544,16%<sup>1</sup>, entre os anos de 1996 e 2013, na população de adolescentes em regime de privação de liberdade – medidas que pressupõe a prática das mais graves infrações.

---

<sup>1</sup> Consoante sistematização do número de adolescentes em privação de liberdade, elaborada pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente em 2006 ([www.planalto.gov.br/sedh/](http://www.planalto.gov.br/sedh/)), no ano de 1996 o Brasil registrava 4.245 adolescentes internados ou em semiliberdade. De acordo com a nota técnica do IPEA nº 5, de junho de 2015, no ano de 2013 *existia um total de 23,1 mil adolescentes provados de liberdade* ([http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25621&Itemid=9](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25621&Itemid=9)). A Secretaria nacional de Direitos Humanos, em levantamento preliminar de 2013, indica que 23.066 adolescentes estavam

Muitos destes casos são fruto da cooptação feita por imputáveis, que aliciam menores, induzindo-os, instigando-os e auxiliando-os a infracionar. Não é raro que estes recrutamentos iniciem adolescentes no ambiente infracional que, posteriormente, terão extrema dificuldade de exonerar.

Ao mesmo tempo, é possível constatar que os regimentos estabelecidos no ECA e no SINASE são frequentemente desrespeitados ou mal interpretados, o que certamente influencia o aumento do número de atos praticados. Infortunadamente, o cumprimento integral dos dispositivos legais é extraordinário, sobretudo nas entidades de atendimento, caracterizadas por freqüente superlotação, notícias de agressões e tumultos, dentre outras deficiências graves. Não por outro motivo, os índices nacionais de reincidência são elevados e atingiram 43,3% em 2012<sup>2</sup>.

Também é forçoso reconhecer que atualmente, em muitos casos, as medidas socioeducativas têm um curto prazo de duração – fruto da equivocada interpretação da lei, sua má aplicação ou influência da superlotação – e, nestas circunstâncias, não cumpre a finalidade a que se destina – reinserir o adolescente no convívio familiar e comunitário de maneira saudável. Tais distorções não foram totalmente solucionadas com a edição da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o SINASE e disciplina a execução das respectivas medidas.

Contanto a própria Lei nº 12.594/12 determine que a execução das medidas obedecerá o princípio da proporcionalidade com a gravidade do ato infracional cometido (art. 35, inciso IV), simultaneamente contempla dispositivos que podem embaraçar a integral reeducação desejada. Estabelece, p. ex., que a gravidade do fato não pode ser considerada para a manutenção da medida quando de sua reavaliação (art. 42, §2º).

A legislação vigente, a despeito da vanguardia e evolução na proteção dos direitos de crianças e adolescentes, pode ser reexaminada, sobretudo naquilo atinente à proteção da cooptação feita por maiores imputáveis; ao cumprimento do sistema vigente pelas entidades de atendimento; e à responsabilização de autores de atos graves. Com isso, pretende-se impedir o aliciamento, assegurar o respeito às regras correntes (com responsabilização dos dirigentes de entidades de atendimento), e ampliar as condições de reeducação, com tempo de ressocialização suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz.

Foi este o panorama que fomentou a apresentação de diversos anteprojetos de lei que pretendem alterar a legislação atual. Em sua grande maioria, as iniciativas esperam atingir àqueles que incorrem em atos graves, e argumentam, para tanto, a necessidade de assegurar uma resposta socioeducativa adequada à seriedade daquilo praticado, mas não contemplam outros aspectos do sistema de proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, cuja adaptação é imprescindível para a eficiência do conjunto normativo e alcance dos resultados necessários.

A simples ampliação do prazo máximo de internação, contemplada em muitas das propostas, não solucionará as dificuldades identificadas, tampouco estenderá o tempo que os adolescentes permanecem em reeducação. Conforme estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, 87,8% dos adolescentes da Capital permanecem internados menos de um ano<sup>3</sup>. Sem a adequação de outros dispositivos, não será possível assegurar a proporcionalidade entre a gravidade do fato e a medida socioeducativa imposta, que continuará perdurando pouco tempo.

---

em regime de internação ou semiliberdade naquele ano (<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2013>) - sítios consultados em agosto de 2015.

<sup>2</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62380-modelo-inovador-garante-menor-idade-de-reincidencia-criminal-de-jovens-em-pernambuco> - consultado em agosto de 2015.

<sup>3</sup> [http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2567109.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2567109.PDF)

Da mesma maneira, a mudança isolada do regramento de responsabilização de jovens e adolescentes, sem o recrudescimento da reprimenda daqueles que os aliciam ou das entidades que descumprem as regras vigentes, não produzirá efeitos substanciais imprescindíveis.

Por estas razões, a presente proposta pretende modificações em alguns dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), da Lei nº 12.850/13 (Lei de Combate ao Crime Organizado), da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), do ECA, da Lei do SINASE, da Lei nº 8.242/91 (Conanda), e da Lei nº 8.429/1192 (Lei de Improbidade Administrativa). Deste modo, abranger-se-á toda a normatização que atinge, direta ou indiretamente, o sistema socioeducativo e a prática de atos infracionais.

Com isto, busca-se reforçar o sistema da proteção integral com investimentos de três grandes ordens: a. A proteção contra a cooptação feita por imputáveis e prevenção do aliciamento: a partir do recrudescimento da reprimenda aplicada àqueles que o fizerem, com alteração de dispositivos do Código Penal, da Lei de Execuções Penais, do Código de Processo Penal, da Lei de Combate ao Crime Organizado, e da Lei de Drogas; b. Fomentar o respeito ao sistema vigente, repetidamente descumprido pelas entidades de atendimento, com responsabilização dos dirigentes: a partir da ampliação das obrigações respectivas e do rol de infrações administrativas, o que envolve alterações no ECA, no Sinase e na Lei de Improbidade Administrativa; c. Implementar a responsabilização dos autores de atos infracionais graves: para aprimorar as condições de reeducação dos adolescentes e jovens, com tempo de ressocialização suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo qualificado e eficaz, o que também abarca o ECA e o Sinase, além da Lei do Conanda.

## 2.1. LEGISLAÇÃO PENAL, PROCESSUAL E DE EXECUÇÃO PENAL

Sabidamente incontáveis adolescentes são diuturnamente cooptados por maiores de 18 (dezoito) anos à prática de atos infracionais, ou por eles aliciados, induzidos, instigados e auxiliados a praticar infrações. Frequentemente estes recrutamentos iniciam adolescentes no ambiente infracional cujo meio terão extrema dificuldade para abandonar.

É preciso que o Estado brasileiro interrompa os recorrentes e audaciosos avanços daqueles que criminosamente comprometem o futuro da nação.

A solução exige a aplicação de uma pena mais severa àquele que induz, instiga, auxilia, envolve ou determina a cometer crime o menor de dezoito anos de idade, alguém sujeito à sua autoridade ou quem tenha diminuída a capacidade de entendimento e determinação, ou com este concorra ou participe na prática de delito, sobretudo nas hipóteses de crimes hediondos e a estes análogo.

Para tanto, parece insuficiente a singela criação de nova agravante genérica<sup>4</sup>, que pouca – ou nenhuma – influência tem na pena, sobretudo quando considerados eventuais benefícios penais ou de execução penal. É preciso que o recrudescimento da pena seja proporcional à gravidade daquele que perverte jovens ainda na fase de formação da personalidade.

Por isto, propõe-se a criação de uma causa geral de aumento de pena para aquele, maior imputável, que concorrer com inimputável para o cometimento de infração penal.

As mesmas razões fáticas e jurídicas recomendam também que: a. A estes não seja aplicada pena alternativa, salvo se o condenado for primário e, em face da gravidade da conduta praticada e das consequências do crime, a medida seja socialmente recomendável; b. Vede-se a concessão de *sursis*; c. Aumente-se de metade os prazos de prescrição se o crime é praticado nas circunstâncias do proposto artigo 29, §3º do Código Penal; d. Aumente-se a pena daquele que forma seu bando ou quadrilha com adolescente ou criança, ou compõe seu grupo criminoso or-

---

<sup>4</sup> Objeto de inúmeros projetos de lei.

ganizado com menores de dezoito anos; e. Majore-se a sanção se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de entidades de atendimento socioeducativo (que pode ser ocupada por jovens maiores de 18 anos); f. Aumente-se a reprimenda do narcotraficante que visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, e proíba-se a diminuição de sua sanção (benefício do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006); e g. Permita-se a transferência para regime de cumprimento de pena menos rigoroso apenas quando tiver cumprido ao menos um terço da pena no regime anterior, atendidos os demais requisitos legais, na hipótese de crime praticado nas circunstâncias em análise.

Seguindo a mesma lógica, e ainda com o intuito de proteger menores de dezoito anos e inimputáveis do aliciamento criminoso, sugere-se a ampliação do rol do artigo 313 do Código de Processo Penal, para permitir a decretação da prisão preventiva, se presentes os seus pressupostos, na hipótese de induzimento, instigação, auxílio, envolvimento, determinação, concurso ou prática de infração penal com adolescentes.

Finalmente, igualmente naquilo atinente ao resguardo das vítimas de cooptação, e para fundamentar a revisão das disposições legislativas, recomenda-se a produção e divulgação de relatórios com informações sobre o perfil dos autores de atos infracionais, as espécies de infrações, e as medidas impostas.

## 2.2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE<sup>5</sup>

Também o implemento de normas do ECA podem contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de amparo, a crianças e adolescentes, do conflito com a lei, especificamente das investidas criminosas feitas por maiores. Para isso, propõe-se a elevação da sanção do delito de corrupção de menores, e a criação de tipos qualificados se as infrações forem praticadas com violência ou grave ameaça, ou na hipótese de crimes hediondos e análogos. Em se tratando de corrupção, não há falar-se em *bis in idem* com a causa de aumento de pena proposta no artigo 29, §2º do Código Penal.

Para complementar a proteção dos menores, recomenda-se a criação de dois novos tipos penais: a facilitação de fuga de unidade de internação ou semiliberdade, com qualificação na hipótese de emprego de violência ou grave ameaça ou com participação de funcionário público, ou de pessoa responsável pela sua custódia ou guarda; e o ingresso de aparelho telefônico ou similar nestes locais.

É igualmente necessário implementar o sistema socioeducativo para assegurar que as entidades de atendimento respeitem integralmente a legislação vigente e, ao mesmo tempo, aquilatar os regramentos de responsabilização de autores de atos infracionais graves. Somente a combinação e integração destes aspectos propiciará condições adequadas para a solução dos diversos problemas hoje enfrentados.

Entretanto, é preciso atentar para as especificidades da sistemática do ECA, e promover transformações que se coadunem com a doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente – preservando-se, deste modo, a vanguardia da legislação de 1990.

As regras que regem a aplicação de medidas socioeducativas obedecem a uma principiologia específica, que se diferencia da lógica das penas privativas de liberdade. Não se pode incorrer em equívocos que alterem esta metodologia, pena de indesejada descaracterização da legislação menorista. Mas, preservado o espírito do ECA, é possível implementar mudanças.

Nesta linha de raciocínio, a sugestão apresentada acrescenta, dentre os princípios a serem adotados por entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional, a escolarização e profissionalização obrigatórias. Também esclarece, para evitar equívocos interpretativos ou inadequada aplicação da lei, a correta aceitação da brevidade da medida socioeducativa, expressamente vinculada aos fins a que se destina.

---

<sup>5</sup> Envolve também a ampliação de um dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92.



Para assegurar a preservação do melhor interesse do adolescente e a sua proteção integral, sugere-se a inclusão de quatro incisos no artigo 94 do ECA<sup>6</sup>. A partir desta providência, as entidades que desenvolvem programas de privação de liberdade terão também a obrigação de manter os maiores de dezoito anos em unidade distinta daquela destinada aos adolescentes; não conservar população acima da capacidade da unidade; disponibilizar, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, vaga para cumprimento da decisão de internação; e observar as regras estabelecidas pelo Conanda sobre a arquitetura, construção, estrutura física e de recursos humanos das unidades<sup>7</sup>.

As mesmas razões demandam que a escolarização e a profissionalização acompanhem todas as medidas socioeducativas, de liberdade assistida e internação provisória, inclusive. Naquilo atinente à medida de meio aberto, a proposta inclui, dentre os encargos do orientador da liberdade assistida, a apresentação de relatório circunstanciado, que não poderá se restringir àquilo reportado pelo próprio adolescente e seus familiares, instruído com comprovantes de aproveitamento e rendimento escolar e profissionalizante. No tocante à semiliberdade, contanto já inerente ao próprio processo socioeducativo responsável e eficaz, sugeriu-se nova redação ao artigo 120, §1º, para deixar clara a necessária supervisão.

E para assegurar o integral adimplemento destas incumbências prevê-se, no artigo 97, a possibilidade de aplicação de multa aos dirigentes que desrespeitem estes importantes direitos de jovens e adolescentes em regime socioeducativo.

Também como garantia do respeito a estas obrigações, indica-se a criação de novas infrações administrativas, aplicáveis ao dirigente da unidade ou instituição, com imposição de multa, inclusive com a possibilidade de se aplicá-las separadamente em relação à cada adolescente ou jovem; e em dobro no caso de reincidência. Dentre estas, as de deixar de separar os adolescentes e jovens por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração; manter número de adolescentes ou jovens acima da capacidade da unidade; e deixar de disponibilizar, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, vaga para cumprimento da decisão de internação ou semiliberdade.

Em complementação, e para abarcar todo o sistema de responsabilização daqueles que desrespeitem normas relativas às entidades de atendimento, sugere-se que eventual descumprimento caracterize improbidade administrativa, do gênero de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Com estas providências almeja-se também impedir a superlotação de unidades de internação e semiliberdade – circunstância nefasta que compromete todo o sistema socioeducativo – e inibir a indesejada manutenção de adolescentes em Delegacias de Polícia ou estabelecimentos prisionais (ainda que em ala separada).

Para aprofundar a fiscalização destas exigências, com a necessária acuidade, previu-se a obrigatoriedade de que a autoridade judiciária e o Ministério Público inspecionem, semestralmente, as unidades de internação e semiliberdade, e elaborem relatórios circunstanciados, nos termos estabelecidos pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

Dentre os princípios que regem a aplicação das medidas, sugere-se releitura da proporcionalidade e atualidade, para que a intervenção seja a necessária e adequada à situação em que o adolescente se encontra, observadas as peculiaridades do caso, sem limitar a decisão exclusivamente ao momento em que adotada. O impedimento da

---

<sup>6</sup> Para parte expressiva da doutrina, estas já eram obrigações das entidades que desenvolvem programas de atendimento, abraçadas pela expressão *entre outras* do *caput* do artigo 94. Inobstante, a equivocada interpretação do dispositivo recomenda uma redação detalhada destes deveres, evitando-se, assim, desatendimento do melhor interesse do adolescente.

<sup>7</sup> Esta última obrigação exige alteração do art. 2 da Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, para elencar, dentre as competências do Órgão, *estabelecer regras sobre a arquitetura, construção, estrutura física e de recursos humanos de unidades de internação e semiliberdade*, também sugerida. Recomenda-se a concessão de prazos para adequação das respectivas entidades de atendimento (artigo 13 do anteprojeto anexo).

consideração de aspectos relevantes, mas anteriores à ocasião da decisão, enseja prejuízos ao próprio socioeducando.

O melhor interesse do adolescente, a proporcionalidade, a adequação e a individualização também recomendam que a medida aplicada considere a sua capacidade de cumpri-la, os motivos, as circunstâncias, as consequências, e a gravidade da infração; o comportamento da vítima; os antecedentes infracionais, sua conduta social, e sua personalidade.

Para reforçar a importância do cumprimento escorreito das medidas de meio aberto, nas hipóteses de injustificado descumprimento, sugere-se a ampliação do prazo de internação-sanção para até 4 (quatro) meses, respeitado o mínimo de 30 (trinta) dias.

Acrescenta-se, nas garantias processuais, a assistência por defensor público – além do advogado –; e a inclusão obrigatória da descrição do ato infracional na representação, sentença ou acórdão – circunstâncias já contemplada pela praxe – além da possibilidade de trabalho externo para o adolescente internado, mediante autorização judicial. Assegurou-se, também, a prioridade na tramitação de inquéritos policiais e de ações penais, bem como na execução de quaisquer atos e diligências policiais e judiciais em que criança ou adolescente seja vítima.

Importante inovação apresentada é a reinserção gradativa no convívio social, salvo, à evidência, comprovada desnecessidade. Por esta sistemática, atenta às características individuais, poderá dar-se a substituição da medida em curso segundo o próprio progresso pedagógico e a aptidão do socioeducando. A partir da medida de internação, fase mais austera da reeducação, possibilita o projeto a outorga progressiva de retorno ao convívio comunitário com utilização da semiliberdade – importante ferramenta para assegurar um processo socioeducativo qualificado. Assim, dar-se-á suporte para que a Justiça da Infância e da Juventude encontre os parâmetros de uma medida socioeducativa eficiente de transição para o meio aberto, capaz de oferecer valores e conceitos que possibilitem a saudável inclusão social do adolescente.

Consoante nota técnica do IPE e SNDH<sup>8</sup>, em 2013, dos adolescentes privados de liberdade, apenas 2,8% estavam em regime de semiliberdade – circunstância que comprova a aplicação assistemática das medidas e o subaproveitamento da semiliberdade, sabidamente de difícil implantação.

Entretanto, a prática demonstra que a semiliberdade permite maior controle dos adolescentes no cotidiano da unidade, facilita o acompanhamento técnico, respeita diferenças individuais, preserva laços familiares e sociais essenciais, e envolve a comunidade que faz parte da realidade do adolescente, facilitando o resgate da sua cidadania e encaminhando-o para definitiva emancipação. Ao mesmo tempo, contribui, decisivamente, para o caráter preventivo das medidas socioeducativas, concorrendo para que o adolescente não reincida e rompa com a prática infracional, pois internaliza conceitos de disciplina necessários à vida coletiva a partir do estabelecimento de normas e limites sociais necessários, e estabelece estreita relação do adolescente com os serviços e recursos sociais da rede de atendimento.

Sob essa ótica, a subutilização da semiliberdade é inadmissível e prejudica decisivamente a proteção integral e o melhor interesse do adolescente. É preciso assegurar uma reinserção gradativa, com conquista da liberdade pelo comprovado progresso pedagógico e aproveitamento socioeducativo, que deve substituir o tempo de cumprimento como condicionante prioritária da autorização para retorno à sociedade.

Outra renovação oferecida é a flexibilização do prazo mínimo de reavaliação das medidas socioeducativas e, simultaneamente, para o maior de 16 (dezesesseis) anos, do prazo máximo de cumprimento, observado o postulado

---

<sup>8</sup> Vide nota de rodapé nº 1.

da legalidade. A providência tenta assegurar um amplo processo socioeducativo, valoroso e eficiente, pelo tempo necessário à integral reeducação.

Sabidamente a sentença de procedência exarada na esfera da infância e juventude não fixa um prazo mínimo para reavaliação da medida socioeducativa imposta. Uma vez sentenciado o processo de conhecimento, o ECA e a Lei do SINASE preveem que a medida será reconsiderada no máximo a cada seis meses, exclusivamente a partir de pareceres multisetoriais, elaborados pela equipe técnica da unidade ou do serviço que atende o socioeducando.

Infortunadamente, e sob influência da superlotação das unidades, os relatórios das equipes técnicas ordinariamente opinam de forma superficial e indistinta pela progressão na primeira reavaliação, lastreados exclusivamente nos depoimentos do adolescente e seus familiares, e na abstenção da prática de ato de indisciplina. A inaceitável – e eventual – superficialidade dos pareceres pode ser evitada a partir da ampliação dos parâmetros impostos e, concomitantemente, pela flexibilização do prazo mínimo de reavaliação.

É pacífico o entendimento de que os pareceres multidisciplinares devem vincular-se ao cumprimento das metas estabelecidas, da presença segura de elementos que comprovem que a reinserção social do adolescente será saudável, de avanços na escolarização e capacitação profissional, dentre outros objetivos a serem alcançados durante o processo de reeducação.

A impossibilidade de se considerar a gravidade do fato praticado, seus antecedentes e sua personalidade quando da reavaliação prejudica o próprio adolescente, já que impede o desenvolvimento, específico e adequado ao perfil do jovem, de um trabalho de ressocialização qualificado e eficaz. Estas circunstâncias expõe também à risco toda a sociedade, que conviverá com pessoa despreparada para a vida comunitária civilizada.

Por estes motivos, propõe-se que o juiz, atento à proteção integral e ao melhor interesse do adolescente, bem como aos princípios indicados no *caput* do artigo 121<sup>9</sup>, estabeleça o prazo mínimo de reavaliação da medida socioeducativa de internação ou semiliberdade, a ser fixado entre 6 (seis) e 24 (vinte e quatro) meses. Na hipótese de prática de ato, com violência ou grave ameaça, equivalente a crime hediondo, a estes análogo, ou do qual resulte morte ou lesão corporal grave dolosa, o prazo mínimo de reavaliação será fixado entre 12 (doze) e 36 (trinta e seis) meses, observados os mesmos critérios.

A instituição do prazo observará parâmetros específicos como os motivos, as circunstâncias, as consequências, e a gravidade do ato infracional cometido, bem como o comportamento da vítima; os antecedentes infracionais, a conduta social, e a personalidade do autor, dentre outros.

A partir desta iniciativa, que atende aos princípios da individualização da medida e do devido processo legal na sua dimensão substantiva, será alcançada, também, a proporcionalidade entre a gravidade do ato praticado e a medida socioeducativa imposta, que será reexaminada a cada seis meses após o decurso do prazo mínimo estabelecido na sentença; bem como a necessária estabilidade para o planejamento de um projeto de socioeducação eficiente, cumpridor da função a que se destina, com a conclusão de ciclos escolares ou cursos profissionalizantes, e respectivas metas a serem fixadas, inexequíveis em poucos meses.

A proposta contribuirá para que o adolescente efetivamente evolua durante o cumprimento da medida socioeducativa e somente progrida quando realmente preparado.

A reavaliação será regrada, para atingir os objetivos almejados, e seguirá critérios legislativos-educativos como a participação efetiva e aproveitamento de atividades educacionais, pedagógicas e técnico-profissionalizantes; realização de trabalho interno ou externo, quando possível; o histórico de bom comportamento; os motivos, as cir-

---

<sup>9</sup> Aplicável à semiliberdade, conforme artigo 120, §2º do ECA.

cunstâncias, as consequências, e a gravidade do ato infracional cometido, bem como o comportamento da vítima; os antecedentes infracionais, a conduta social, e a personalidade do adolescente ou jovem; e o comprovado cumprimento das metas do Plano Individual de Atendimento.

As mesmas razões recomendam que o maior de 16 (dezesseis) anos possa cumprir até 6 (seis) anos de medida de internação nas hipóteses de prática de conduta descrita na legislação como crime hediondo, equiparado a hediondo ou do qual resulte morte ou lesão corporal grave dolosas; reiteração no cometimento de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa; envolvimento com crime organizado, ou em rebeliões ou tumultos no interior de unidades. Para tanto, o princípio da legalidade exige, evidentemente, que o ato ou fato tenha sido perpetrado quando atingida esta idade. Em nenhuma hipótese poderá o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

A iniciativa redundará em duas necessárias providências, a saber, nova redação do parágrafo único do artigo 2º e dos §§6º e 8º do artigo 121, para abraçar, excepcionalmente, as pessoas até os vinte e quatro anos; e a separação obrigatória daqueles maiores de 18 anos, pena de multa aplicável ao dirigente da instituição.

Importante modificação também sugerida consiste na ampliação do rol de atos infracionais sujeitos à imposição da medida socioeducativa de internação. De acordo com o atual regramento, é impossível a internação do adolescente pela prática de ato infracional análogo a qualquer crime considerado hediondo ou assim equiparado, acaso não tenha sido cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, como por exemplo o estupro de vulnerável<sup>10</sup>, tampouco contempla atos infracionais graves, como o envolvimento em atividades criminosas organizadas, formação de quadrilha ou bando, associação para a narcotraficância ou tráfico internacional ou interestadual de drogas, dentre outros. Somente é possível a aplicação de tal medida socioeducativa após a prática reiterada de atos graves. Abre-se, com a mudança, a possibilidade da pronta intervenção estatal para afastar o adolescente, logo no início, ainda que temporariamente, de influências criminosas.

São atos infracionais graves, assim reconhecidos pelo artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Desta maneira, a previsão da possibilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação para tais casos preservará a harmonia do ordenamento jurídico. O ato infracional equivalente ao crime de tráfico de entorpecentes, a depender de suas circunstâncias, pode se revestir de elevada gravidade. Há adolescente que vende pequena quantidade de entorpecente, mas também aquele que possui intenso envolvimento com o crime organizado. Infortunadamente são cada vez mais frequentes os casos de adolescentes que ocupam posições de comando no tráfico.

Vale aqui sublinhar que a citada proposta de modificação legislativa apenas possibilita a internação, acaso seja a medida socioeducativa mais adequada, e não obriga sua fixação.

Para assegurar celeridade do início do processo socioeducativo que melhor atende aos interesses do jovem ou adolescente, naquilo atinente às disposições recursais, sugere-se o recebimento das impugnações somente no efeito devolutivo, salvo quando disto puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Objetiva-se, com isso, que a regra nos feitos infracionais seja a imediatidade no cumprimento da medida aplicada na sentença, com vistas à efetiva ressocialização do adolescente – princípio amplamente reconhecido pela doutrina especializada. É cediço que o decurso do tempo compromete o alcance da socioeducação do adolescente. É notório que esta fase é marcada por mudanças constantes, razão pela qual a efetividade da medida socioe-

---

<sup>10</sup> O estupro de vulnerável se configura com a prática de qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos, sem o necessário emprego de violência ou grave ameaça. Nesta hipótese, contanto a gravidade do ato e suas consequências para a vítima sejam inequívocas, e por isso devem ser consideradas para fundamentar a aplicação da medida socioeducativa, não pode determinar a internação, ante a inexistência de violência ou grave ameaça.

educativa depende de sua pronta execução, pena de perda da função pedagógica. Parece-nos necessário, portanto, corrigir a incongruência do sistema atual que atribui efeito suspensivo às apelações interpostas em face de sentenças que aplicam medida socioeducativa ao adolescente, e permitir sua execução provisória. A rapidez da intervenção aumenta as chances de recuperação do adolescente, e evita que a resposta estatal seja tardia e inútil.

Além disso, coibi-se os recursos com finalidade meramente procrastinatória, o que causa desnecessária sobrecarga aos Tribunais.

### 2.3. SINASE

Parece-nos que também a Lei 12.594/2012 pode e deve ser adaptada a nova dinâmica de proteção da criança e do adolescente esposada, e da garantia de um processo socioeducativo qualificado e eficiente.

Por isto previu-se, dentre os requisitos específicos para a inscrição de programas de regime de semiliberdade ou internação, a comprovação da existência de unidade ou ala específica para separação dos internos maiores de dezoito anos – reforçada no art. 17-A proposto –, e a elaboração de um plano de escolarização e profissionalização. Na esteira das modificações sugeridas no ECA, as entidades de atendimento, avaliadas pelo Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, deverão prestar contas sobre a oferta de escolaridade e profissionalização, além dos programas, dos resultados da execução das medidas socioeducativas, e do cumprimento das metas dos Planos Individuais de Atendimento.

A exigência de prévia audiência para substituição da medida por outra, mais gravosa e adequada ao caso, muitas vezes inviabiliza a socioeducação, já que não raro o adolescente evade, não é encontrado ou simplesmente não atende ao chamado judicial. A eventual substituição da medida socioeducativa deve ser célere para que se atinja o objetivo de reeducação pedagógica, com a necessária brevidade. A redação proposta, assegura o contraditório, com a manifestação da defesa técnica.

Dentre os direitos dos adolescentes em conflito com a lei, na indesejada hipótese de inexistência de vaga para o cumprimento de internação, garantiu-se a inclusão em medida de semiliberdade (no lugar da liberdade assistida), excetuados os casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, equivalente a crime hediondo ou a estes análogo. Da perspectiva pedagógica, parece-nos mais adequado que a falta de vaga de internação redunde na inclusão em semiliberdade, que melhor atende a proporcionalidade com o caso que ensejou aplicação da mais severa medida socioeducativa, e não a liberdade assistida.

Para as hipóteses de doença mental diagnosticada, opina-se pela possibilidade de que o juiz, respeitados os objetivos terapêuticos do caso, excepcionalmente suspenda ou extinga a medida socioeducativa, e determine tratamento ambulatorial ou internação compulsórios. Nesta última hipótese, o tratamento terá prazo indeterminado, sujeito a reavaliação a cada seis meses.

Por fim, é proposta a revogação de dispositivos legislativos, com a finalidade de se preservar a coerência sistêmica, e impedir a subsistência de normas que frustrem os objetivos da lei.

A regra do art. 45, § 2º da Lei 12.594-2012 afasta a possibilidade de responsabilização de adolescentes que cometeram atos graves anteriores e impede a aplicação do sistema de ressocialização adequado, o que acarreta indesejada impunidade e reforça a crença de que menores não são responsabilizados. Ademais, o dispositivo não inibe a prática de atos infracionais e pode atrair crianças e adolescentes para organizações criminosas.

Determina o artigo 42, §2º que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que justifiquem a não substituição por outra menos grave, e a decisão deve ater-se exclusivamente ao exame da medida e à evolução do adolescente durante o seu cumprimento, conforme relato da equipe técnica. Noutros termos, se o adolescente, nos primeiros momentos da execução mantiver bom comportamento – o

que equivale a abstenção de atos de indisciplina –, fatalmente será agraciado com a progressão para medida mais branda, em geral em meio aberto.

Não poderá o Promotor de Justiça ou o Juiz, portanto, sustentar a manutenção de medida mais austera em razão destes fatores. Eventual conservação da medida somente pode ser fundamentada em elementos posteriores ao início de seu cumprimento e relatados pela equipe técnica. É inaceitável que se vede a observância de circunstâncias fundamentais do histórico do adolescente, pena de um processo socioeducativo pedagogicamente restrito e defeituoso. Não bastasse, a regra do art. 42, §2º está em evidente contradição com a nova redação dos incisos do art. 121, §4º do ECA proposta pelo presente projeto.

Assim, para a adequação do conjunto normativo ao postulado da proteção integral e aos princípios da proporcionalidade, verdade real e individualização da medida socioeducativa, bem como para a adaptação às propostas de alteração do ECA, sugere-se a revogação do artigo 42, §2º.

Sugere-se, simultaneamente, a revogação: do inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, ante absorção das figuras ali tratadas pelo disposto nas redações propostas para o art. 40-A da mesma lei, e art. 29, §3º do Código Penal; do §7º do artigo 121 do ECA, ante previsão do §9º do art. 112, também do Estatuto; e do inciso I do §4º do art. 2º da Lei nº 12.850/2013, considerando o §8º proposto ao mesmo dispositivo.

### **3. CONCLUSÃO**

Os graus de insegurança, violência e impunidade, no Brasil, são desumanos. Também o são os frequentes episódios de desrespeito aos direitos fundamentais, sobretudo de crianças e adolescentes.

Os mecanismos sociais de prevenção e punição da violência, de preservação da paz, e de garantia do respeito aos direitos dos menores de dezoito anos, tal como empregados até o momento, foram incapazes de garantir condições de harmonia e segurança que assegurem uma saudável vida coletiva.

Entretanto, a redução da maioridade penal ou qualquer alteração normativa pontual ou assistemática, não solucionará ou amenizará os graves problemas existentes, e tampouco produzirá os efeitos necessários. Apenas uma mudança conjunta e harmônica nas diversas leis que abordam, imediata ou mediamente, o sistema socioeducativo, com a readequação do regulamento jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os resultados imprescindíveis, com o fortalecimento do princípio da proteção integral.

A legislação vigente, a despeito da vanguardia e evolução, pode ser reexaminada, sobretudo naquilo atinente à proteção da cooptação feita por maiores imputáveis; ao cumprimento das leis vigentes pelas entidades de atendimento; e ao sistema de responsabilização de autores de atos graves. Com isso, poder-se-á impedir o aliciamento de adolescentes, assegurar o respeito às regras correntes (com responsabilização dos dirigentes de entidades de atendimento), e ampliar as condições de reeducação dos adolescentes e jovens, com tempo de ressocialização suficiente para o planejamento e execução de um trabalho socioeducativo-pedagógico qualificado e eficaz.

### **4. PROPOSTA DE ENUNCIADO**

A insegurança, violência e impunidade são atozes, tal como os frequentes episódios de desrespeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Os mecanismos sociais de prevenção e punição destes episódios não proporcionaram os resultados esperados. A redução da maioridade penal ou qualquer alteração normativa pontual ou assistemática, não solucionará ou amenizará problemas existentes. Apenas uma mudança conjunta e harmônica nas diversas leis que abordam, imediata ou mediamente, o sistema socioeducativo, com a readequação do regulamento jurídico respectivo, fornecerá as condições necessárias para alcançar os efeitos necessários.

**ANEXO**

O Congresso Nacional decreta:

**CÓDIGO PENAL:**

Art. 1º Os arts. 29, 44, 77, 110 e 288 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (**Código Penal**), passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 29 - .....

§ 3º - Aumenta-se a pena de um a dois terços em relação ao agente que induz, instiga, auxilia, envolve ou determina a cometer crime o menor de 18 (dezoito) anos, alguém sujeito à sua autoridade ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, ou com este concorre ou participa na prática de delito; e da metade até o até o dobro se o fato praticado configura crime hediondo (lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990) ou é a estes análogo (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal);”

Art. 44 - .....

IV – o crime não tiver sido praticado nas circunstâncias do artigo 29, §3º deste Código.

§ 4º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, se o condenado for primário, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da gravidade da conduta praticada e das consequências do crime, a medida seja socialmente recomendável.

Art. 77 - .....

IV – o crime não tiver sido praticado nas circunstâncias do artigo 29, §3º deste Código.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente; e de metade, se o crime é praticado nas circunstâncias do artigo 29, §3º deste Código.

“Art. 288. ....

Parágrafo único. Aumenta-se a pena até o dobro se a associação é armada ou se houver a participação de adolescente; e até o triplo se a participação é de criança.”

**LEI DE EXECUÇÃO PENAL:**

Art. 2º O §1º do art. 112 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (**Lei de Execução Penal**), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 212 - .....

§ 1º Se o crime for praticado nas circunstâncias do artigo 29, §3º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a transferência para regime menos rigoroso será determinada pelo juiz quando o preso tiver cumprido ao menos um terço da pena no regime anterior, atendidos os demais requisitos do *caput*.

**CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:**

Art. 3º O art. 313 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (**Código de Processo Penal**), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V:

SISTEMA DE PROTEÇÃO,  
DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI

Art. 313 - .....

V - se o crime for praticado nas circunstâncias do artigo 29, §3º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

**LEI DO CRIME ORGANIZADO:**

Art. 4º O arts. 2º e 9º da Lei nº 12.850/13 (**Lei do Crime Organizado**), passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 2º .....

§8º A pena é aplicada em dobro se há a participação de adolescente; e em triplo se há a participação de criança.

Art. 9º O Sistema Nacional de Segurança Pública deverá produzir e divulgar, anualmente, relatório com informações sobre a idade dos autores de atos infracionais, as espécies de infrações praticadas, e as medidas socioeducativas impostas, de modo a permitir a revisão das disposições legislativas respectivas.

**LEI DE DROGAS:**

Art. 5º Os arts. 33 e 40 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (**Lei de Drogas**), passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 33 - .....

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, não integre organização criminosa, e a infração não tenha sido praticada nas circunstâncias do artigo 29, § 3º do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) ou do artigo 40-A desta Lei.

Art. 40 - .....

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais ou de entidades de atendimento socioeducativo, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Art. 6º A da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (**Lei de Drogas**), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 40-A:

Art. 40-A. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas até o dobro se sua prática visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:**



Art. 7º Os art. 2º, 92, 94, 97, 100, 1111, 112, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 147, 198 e 244- B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (**Estatuto da Criança e do Adolescente**), passam a vigor com a seguinte redação:

“Art. 2º .....

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos de idade.”

“Art. 92 .....

X – Escolarização e profissionalização obrigatórias.

“Art. 94 .....

XI – separar os adolescentes e jovens por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração;

XII – manter os maiores de 18 (dezoito) anos em unidade distinta daquela destinada aos adolescentes;

XIII - não manter número de adolescentes acima da capacidade da unidade;

XIV – disponibilizar, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, vaga para cumprimento da decisão de internação;

XV – observar as regras estabelecidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) sobre a arquitetura, construção, estrutura física e de recursos humanos de unidades de internação e semiliberdade;

“Art. 97 .....

I – .....

e – multa à seus dirigentes;

“Art. 100 .....

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram, observadas as peculiaridades do caso;

“Art. 111 .....

III – defesa técnica por defensor público ou advogado em todas as fases do procedimento de apuração do ato infracional;”

“Art. 112.....

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, os motivos, as circunstâncias, as conseqüências, e a gravidade da infração; o comportamento da vítima; os antecedentes infracionais do autor, sua conduta social, e sua personalidade.

.....

§ 4º As medidas socioeducativas serão sempre acompanhadas de escolarização e profissionalização.

§ 5º Salvo comprovada desnecessidade, as medidas socioeducativas serão cumpridas na forma de reinserção gradativa no convívio social, considerados o progresso pedagógico e aptidão do socioeducando, dentre outros aspectos.

§ 6º A extinção das medidas socioeducativas vincula-se, também, ao integral cumprimento do Plano Individual de Atendimento e à comprovada reeducação do socioeducando.

“Art. 118 .....

§ 3º A liberdade assistida contemplará sempre a escolarização e profissionalização.

SISTEMA DE PROTEÇÃO,  
DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI

“Art. 119 .....

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho, supervisionando-o;

IV - apresentar relatório circunstanciado do caso, que não poderá se restringir àquilo reportado pelo próprio adolescente e seus familiares, e que deverá ser instruído com comprovantes de trabalho, de aproveitamento e de rendimento escolar e profissionalizante, e das atividades pedagógicas desenvolvidas no curso da medida, inclusive;

Art. 120.....

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização supervisionadas, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se a ela o disposto no artigo 119 desta lei e, no que couber, as disposições relativas à internação.

“Art. 121.....

§ 2º A brevidade se sujeita a consecução dos fins a que a medida socioeducativa se destina.

§ 3º O juiz, atento à proteção integral e ao melhor interesse do adolescente, bem como aos princípios indicados no *caput* deste artigo, ao aplicar medida socioeducativa, estabelecerá, mediante decisão fundamentada, o prazo mínimo de reavaliação, a ser fixado entre 6 (seis) e 24 (vinte e quatro) meses, observados os seguintes critérios, entre outros:

I – os fins pedagógicos e ressocializantes a que a medida se destina;

II - os motivos, as circunstâncias, as consequências, e a gravidade do ato infracional cometido, bem como o comportamento da vítima;

III – os antecedentes infracionais, a conduta social, e a personalidade do autor.”

§ 4º Na hipótese de prática de ato infracional, com violência ou grave ameaça, equivalente a crime hediondo (lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990), a estes análogo (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), ou do qual resulte morte ou lesão corporal grave dolosa, o prazo mínimo de reavaliação será fixado entre 12 (doze) e 36 (trinta e seis) meses, observados critérios do §3º deste artigo;

§ 5º Cumprido o prazo fixado na sentença, a medida será imediatamente reavaliada, devendo, a partir de então, ser realizada nova avaliação, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses, observados os seguintes critérios, entre outros:

I – a participação efetiva em atividades educacionais, pedagógicas e, se possível, técnico-profissionalizantes, bem como respectivo aproveitamento;

II – a realização de trabalho interno para os maiores de dezesseis anos;

III – o histórico de bom comportamento, conforme definido em regulamento;

IV - os motivos, as circunstâncias, as consequências, e a gravidade do ato infracional cometido, bem como ao comportamento da vítima;

V - os antecedentes infracionais, a conduta social, e a personalidade do adolescente ou jovem.

VI – o comprovado cumprimento das metas do Plano Individual de Atendimento (PIA).

§ 6º - O período máximo de internação será de três anos, salvo na hipótese do §3º do art. 122, aplicando-se o disposto no artigo 119 desta lei.

§ 7º - Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser colocado em semiliberdade, salvo comprovada necessidade de aplicação de outra medida.

§ 8º - A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade, salvo na hipótese do § 3º do art. 122, no qual a liberação será compulsória aos vinte e quatro anos de idade.

§ 9º - Em qualquer hipótese, a desinternação ou reavaliação da medida será precedida de autorização judicial, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

§ 10º - A determinação judicial mencionada no parágrafo primeiro poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária, se alteradas as circunstâncias que a fundamentaram;

§ 11º - Não poderá o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.”  
(NR)

“Art. 122. ....

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou conduta descrita na legislação como crime hediondo ou a este equiparado (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990);

II – por cometimento de outra infração grave;

III - por descumprimento injustificado da medida anteriormente imposta ou estabelecida em remissão;

§ 1º O prazo de internação, na hipótese do inciso III deste artigo, será fixado, fundamentadamente, de 1 (um) a 4 (quatro) meses, devendo a medida ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 3º O maior de 16 (dezesesseis) anos poderá cumprir até 6 (seis) anos de medida de internação se verificada uma das seguintes hipóteses:

I – tenha praticado conduta descrita na legislação como crime hediondo, equiparado a hediondo ou da qual resulte morte ou lesão corporal grave dolosa;

II – reiteração no cometimento de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

III – envolvimento com crime organizado;

IV – envolvimento em fugas, rebeliões ou tumultos no interior de unidades de internação e semiliberdade;

“Art. 123. ....

§ 1º Após completar 18 (dezoito) anos de idade, o internado cumprirá a medida em estabelecimento separado dos demais internos.

§ 2º Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas, além de atividades de educação de ensino fundamental, médio e profissionalizante.” (NR)

“Art. 124. ....

XI – receber escolarização e profissionalização e ter acesso ao trabalho, nos termos da legislação;

.....  
§ 3º É obrigatória autorização judicial para o trabalho externo de adolescente em cumprimento de internação.”

“Art. 147. ....

§ 4º A autoridade judiciária competente para execução das medidas socioeducativas deverá inspecionar, semestralmente, as unidades de internação e semiliberdade, e elaborar relatório circunstanciado nos termos estabelecidos em resolução do Conselho Nacional de Justiça.

“Art. 198. ....

SISTEMA DE PROTEÇÃO,  
DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI

Parágrafo único: “Os recursos referentes aos processos de apuração do ato infracional e execução de medidas socioeducativas serão recebidos somente no efeito devolutivo. Serão, no entanto, recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, quando, a requerimento da parte e sendo relevante a fundamentação, puder resultar lesão grave e de difícil reparação.”

“Art. 201 .....

XIII – Inspecionar, semestralmente, as unidades de internação e semiliberdade, e elaborar relatório circunstanciado nos termos estabelecidos em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público;

“Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos de idade, com ele praticando crime com violência ou grave ameaça ou induzindo-o a praticá-lo:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º A pena prevista no caput é aumentada até a metade se o crime é praticado com violência ou grave ameaça; e até o dobro no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, ou no rol do artigo 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos).”

Art. 8º A Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (**Estatuto da Criança e do Adolescente**), passa a vigorar **acrescida** dos seguintes arts. 190-A, 201-A, 227-A, 244-C, 244-D, 258-D, 258-E, 258-F, 258-G, e 258-H:

“Art. 190-A. Constará da representação, da sentença e do acordão a descrição do ato infracional.”

“201-A. Os órgãos de execução do Ministério Público, com atribuições na área da infância e juventude, contarão com equipe técnica multidisciplinar para auxílio no desempenho da atividade fim.”

“Art. 227-A. Assegura-se prioridade na tramitação de inquéritos policiais e de ações penais, bem como na execução de quaisquer atos e diligências policiais e judiciais em que criança ou adolescente seja vítima.”

“Art. 244-C. Promover ou facilitar a fuga de adolescente ou de jovem de unidade de cumprimento de medida socioeducativa de internação ou semiliberdade:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com emprego de violência ou grave ameaça ou com participação de funcionário público ou pessoa responsável pela custódia ou guarda de pessoa em estabelecimento socioeducativo:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, desde que o fato não constitua crime mais grave.”

“Art. 244-D. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico, de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em unidade de internação ou semiliberdade.

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

“Art. 258-D. Deixar, o dirigente da unidade ou instituição, de separar os adolescentes e jovens por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Pena - multa de um a 10 (dez) salários mínimos por dia de infração;

“Art. 258-E. Manter, o dirigente da unidade ou instituição, os maiores de 18 (dezoito) anos na mesma ala destinada aos adolescentes.

Pena - multa de 10 (dez) a 20 (vinte) salários mínimos por dia de infração;

“Art. 258-F. Manter, o dirigente da unidade ou instituição, número de adolescentes ou jovens acima da capacidade da unidade.

Pena - multa de 10 (dez) a 20 (vinte) salários mínimos por dia de infração;

“Art. 258-G. Deixar, o dirigente da instituição, de disponibilizar, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, vaga para cumprimento da decisão de internação ou semiliberdade.

Pena - multa de 20 (vinte) a 30 (vinte) salários mínimos por dia de infração;

“Art. 258-H. As multas previstas nos artigos 258-D a 258-G aplicam-se separadamente em relação à cada adolescente ou jovem; e em dobro no caso de reincidência envolvendo a mesma unidade.

#### **LEI DO SINASE:**

Art. 9º Os arts. 15, 19, 43, 49, e 64 da Lei 12.594 (**Sinase**), de 18 de janeiro de 2012, passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 15.....

VI – a comprovação da existência de unidade ou ala específica para separação dos internos maiores de 18 (dezoito) anos.

VII- a elaboração de um plano de escolarização e profissionalização;

VII – observância das regras estabelecidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) sobre a arquitetura, construção, estrutura física e de recursos humanos de unidades de internação e semiliberdade;

Art. 19 - .....

§1º A avaliação abrangerá, no mínimo, a gestão, as entidades de atendimento, a oferta de escolaridade e profissionalização, os programas, os resultados da execução das medidas socioeducativas, os índices de reincidência infracional, e o cumprimento das metas dos Planos Individuais de Atendimento (PIA).

Art. 43.....

§ 4º. A substituição por medida mais gravosa é excepcional e, ressalvado o poder geral de cautela, somente será feita após o devido processo legal, incluída a hipótese do [inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), e deve ser:

II- precedida de prévia audiência, nos termos do §1º do art. 42 desta Lei, ou de manifestação da defesa técnica no caso de o adolescente não ser localizado no endereço informado nos autos do processo, ou, regularmente intimado, não comparecer à audiência.

Art. 49.....

II- ser incluído em medida de semiliberdade quando inexistir vaga para o cumprimento de internação, excetuados os casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa ou previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, ou a estes análogo, hipóteses em que o adolescente deverá ser internado em unidade mais próxima de seu local de residência.

SISTEMA DE PROTEÇÃO,  
DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DO CONFLITO COM A LEI

Art. 64.....

§4º Se diagnosticada doença mental, atento aos objetivos terapêuticos estabelecidos para o seu caso específico, o juiz poderá, excepcional e justificadamente, suspender ou extinguir a medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, e determinar o tratamento ambulatorial ou a internação compulsórios, nos termos da Lei 10.216/2001.

§9º A internação compulsória será por prazo indeterminado, sujeita a reavaliação a cada seis meses, que poderá ser determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou defensor.

Art. 10º A Lei no 12.594 (**Sinase**), de 18 de janeiro de 2012, passa a vigorar **acrescida** dos seguintes arts. 17-A e 23-A:

Art. 17-A. O jovem maior de 18 (dezoito) anos cumprirá a medida de internação em unidade específica ou, no caso de comprovada impossibilidade, em ala exclusiva e separada dos adolescentes.

Art. 23-A. A avaliação da oferta de escolaridade e de ensino profissionalizante terá por objetivo verificar, no mínimo, o atendimento ao que determinam os arts. 54, 56, 112, 119, 120 e 124 da Lei n 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

**LEI DO CONANDA:**

Art. 11 O art. 2 da Lei nº 8.242 (**Conanda**), de 12 de outubro de 1991, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XII:

Art. 2º.....

XII- estabelecer regras sobre a arquitetura, construção, estrutura física e de recursos humanos de unidades de internação e semiliberdade.

**LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:**

Art. 12 O art. 11 da Lei nº 8.429 (**Lei de Improbidade Administrativa**), de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X:

Art. 11.....

X - descumprir as normas relativas às entidades de atendimento responsáveis pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducação destinados a crianças e adolescentes.

Art. 13 As entidades de atendimento terão o prazo de 6 (seis) meses para adequarem-se ao disposto nos arts. 7º, 8º, e 9º desta Lei; e de 2 (dois) anos para atender às regras estabelecidas pelo Conanda indicadas no art. 11, também desta lei.

Art. 14 Ficam revogados o inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e o inciso I do §4º do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, o §2º do art. 42, e o §2º do art. 45 da lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012.

# ***A ATUALIZAÇÃO DE SOFTWARE E PÁGINAS WEB E A TUTELA DO DIREITO À ACESSIBILIDADE***

*LEONARDO COSTA COSCARELLI*

Viola o direito das pessoas com deficiência a conduta do desenvolvedor de software ou de web que, ao lançar uma nova versão de seu produto, piora o padrão de acessibilidade existente na anterior, cabendo intervenção do Ministério Público para fazer cessar a violação ocorrida.

**Autor:** Leonardo Costa Coscarelli

**Título:** A atualização de software e páginas web e a tutela do direito à acessibilidade

**Proposta de enunciado:**

Viola o direito das pessoas com deficiência a conduta do desenvolvedor de software ou de web que, ao lançar uma nova versão de seu produto, piora o padrão de acessibilidade existente na anterior, cabendo intervenção do Ministério Público para fazer cessar a violação ocorrida.

**Resumo:**

Embora o mundo digital tenha trazido muitas possibilidades de inclusão para as pessoas com deficiência, muitos desenvolvedores de software e de página web não tomam o cuidado necessário para garantir a acessibilidade em seus produtos, impedindo ou dificultando o acesso desses indivíduos, em especial os que apresentam dificuldades motoras e visuais. Este trabalho analisa as principais normas do ordenamento brasileiro que se referem à afirmação dos direitos dos deficientes, colocando ênfase nas que tangem à obrigatoriedade de disponibilização de tecnologias assistivas. Ao final, conclui que a falta de acessibilidade de softwares e páginas web viola tanto o direito fundamental ao trabalho e à educação dos grupos prejudicados, bem como o direito desses indivíduos como consumidores dos produtos e serviços oferecidos. No ensejo, reflete sobre as possibilidades de atuação do Ministério Público no caso.

**Exposição:**

Fiel ao temário proposto neste congresso, este trabalho tem como objetivo indicar um desafio a ser enfrentado pelo Ministério Público na era digital na atuação a favor das pessoas com deficiência. A primeira parte da exposição apresenta um panorama da importância da era digital na afirmação dos direitos das pessoas com deficiência e delimita o problema em foco. Em seguida, expõe-se o arcabouço normativo aplicável à espécie. Por fim, indica algumas diretrizes que podem nortear a atuação do *Parquet* no enfrentamento do problema delineado.

Pois bem: são inquestionáveis os benefícios que a era digital trouxe às pessoas com deficiência de uma forma geral. Graças ao uso das novas tecnologias, cegos ampliaram seus horizontes de conhecimento para além



das poucas impressões existentes em sistema Braille e passaram a ler livros e outros escritos independentemente da ajuda de terceiros, tetraplégicos adquiriram habilidade de redigir textos apesar das dificuldades motoras etc.. Eis dois exemplos bastante significativos de como a era digital atenuou as limitações causadas pela condição de pessoa com deficiência, viabilizando acesso a uma educação efetiva e abrindo caminhos importantes e decisivos para a inclusão desses indivíduos no mercado de trabalho.

Mas nem tudo são flores. Os entraves à acessibilidade estão presentes tanto nos meios físicos quanto nos virtuais. Construções sem rampas de acesso e softwares desenvolvidos sem uma interface que favoreça seu uso por pessoas com deficiência consistem em realidade bem conhecida e que deve ser alterada paulatinamente, como preveem os arts. 11 e 23 da Lei 10.098/2000. Realmente, não seria razoável propor que todas as construções existentes fossem demolidas com o fito de que outras plenamente acessíveis fossem erguidas em seu lugar ou, seguindo o paralelismo das linhas anteriores, proibir a utilização de software com base na falta de acessibilidade de sua estrutura. Lado outro, repugna ao nosso ordenamento jurídico que as novas construções ou reformas não levem em conta, em seu projeto e execução, as necessidades das pessoas com deficiência.

Em relação aos softwares e a todo conteúdo produzido em meio digital, porém, assiste-se na prática a uma situação de suma gravidade. Muitos programas, ao serem melhorados por seus desenvolvedores e ganharem uma nova versão, frequentemente deixam de ser acessíveis, em total violação ao direito das pessoas com deficiência. Muitas páginas na Internet, ao serem construídas ou reformuladas, também deixam de observar preceitos básicos de acessibilidade, impedindo que pessoas com deficiência acessem as informações nelas contidas com comodidade e velocidade.

Pense-se no caso do usuário cego, utilizador do software de acessibilidade JAWS, que se vê subitamente impossibilitado de utilizar o Skype porque o referido software foi atualizado automaticamente pelo computador. Considere-se, mais ainda, a situação da pessoa incapaz de digitar textos por problemas motores que utiliza o software ViaVoice da IBM para a conversão de fala em texto e que passou a não contar com um programa de acessibilidade adequado após atualizações do sistema operacional Windows e dos editores de texto. Reflita-se ainda sobre aquela página da Internet que, de uma hora para outra, tem seus menus radicalmente alterados de local e ganha códigos de programação que inviabilizam o trabalho das ferramentas de acessibilidade.

Esses exemplos, infelizmente, foram extraídos de situações reais.

A adequada compreensão de tais fenômenos obriga a descerrar um breve parêntese para ilustrar como se verifica a acessibilidade de um programa de computador ou de uma página da rede mundial de computadores.

Grosso modo, as barreiras de acessibilidade se apresentam na interface do dispositivo utilizado e o usuário. É dizer, ou no *input* (momento de inserir um comando a ser interpretado pelo computador) ou no *output* (forma como a resposta é apresentada). Quanto ao primeiro caso, deve-se considerar que as pessoas com deficiência visual ou dificuldades motoras tendem a não conseguir utilizar o *mouse* ou telas sensíveis ao toque (*touch screen*) apropriadamente. No caso, o rompimento da barreira de acessibilidade passa pela criação de caminhos alternativos para dar comandos, quer pela utilização de combinação de teclas no teclado, quer pela possibilidade de dar comandos de voz.

Já o *output* se apresenta como questão mais problemática, que tende a criar barreiras em especial para os deficientes visuais. De fato, a maior parte da interação entre o usuário e as novas tecnologias é feita preferencialmente por meio da visão e a mitigação dessa barreira passa, na maioria dos casos, pela utilização de programa específico, desenvolvido especialmente para traduzir a resposta oferecida pelo equipamento em estímulos compreensíveis aos deficientes. Os tipos mais comuns são os softwares ampliadores e leitores de tela.

Tais programas, regra geral, não se limitam a elaborar o conteúdo que apareceria na tela como se fosse uma lupa. Para oferecer boa acessibilidade ao usuário, dependem de informações adicionais invisíveis que são carregadas para a memória RAM do equipamento. Novamente os exemplos se mostram mais eloquentes do que especificações técnicas. Um documento PDF ou um aviso veiculado em uma página web, por exemplo, pode conter apenas a foto de uma página ou, além da foto, um correspondente do texto em caracteres. Em ambos os casos o documento poderá ser visto na tela ou impresso. Com o fito de manter controle total da estética do documento que será recebido pelo destinatário, alguns desenvolvedores vêm preferindo essa técnica. No entanto, tratando-se de uma mera imagem do documento, o arquivo PDF ou a página web não poderá ser pesquisado por palavras chaves, tampouco será lido em voz alta por programas de acessibilidade.

Daí se compreende que um programa, para ser acessível, não deve necessariamente adotar letras grandes ou interface em áudio por padrão, mas deve, isto sim, fornecer as informações de que um software de acessibilidade precisa para criar tais facilidades (*rectius*: a serialização das informações), quando necessário. Da mesma forma se entende que um descuido do desenvolvedor em relação à serialização das informações de interface com o usuário pode levá-lo, ao lançar uma nova versão de um software ou de uma página web, a eliminar recursos de acessibilidade anteriormente existentes, ainda que não tenha realizado mudanças significativas no software.

Cria-se, assim, um círculo vicioso altamente lesivo às pessoas com deficiência. Surgem novas versões dos programas utilizados em larga escala e os usuários se sentem impelidos a utilizá-las, seja por tratar-se de atualização automática, seja pelas melhorias de segurança e novos recursos trazidos pela versão atualizada, seja pela necessidade de seguir um padrão determinado pela instituição de ensino ou empregador a que se encontra vinculado. Tratando-se, porém, de usuário com deficiência, a única forma de voltar a ter plena acessibilidade em relação aquele software, no mais das vezes, passa por esperar que o software de acessibilidade também seja atualizado e provavelmente será necessário pagar por essa atualização.

Eis um novo e relevante desafio para o Ministério Público na era digital. Num contexto em que todos nos tornamos cada vez mais dependentes das novas tecnologias, não se pode permitir que elas evoluam a reboque da acessibilidade. E há consistente aparato normativo para auxiliar nessa cruzada.

Deveras, não é demais lembrar que a educação e o trabalho são direitos sociais garantidos pela Constituição da República em seu art. 6º. A educação deve ser oferecida às pessoas com deficiência por meio de atendimento especializado (art. 208, III, da CR) e a integração da pessoa com deficiência na sociedade deve operar-se especialmente por meio do treinamento para o trabalho, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e todas as formas de discriminação (art. 227, II, da CR). Ainda no plano constitucional, deve-se considerar o art. 9º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporada no ordenamento pátrio como norma de hierarquia constitucional pelo decreto legislativo 6.949, de 25 de agosto de 2009, o qual elenca entre as metas de acessibilidade as comunicações e os sistemas de informação. A alínea h) do citado artigo afirma de forma mais explícita que compete ao Estado “promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet”. Na mesma linha, o art. 26, 3º, da referida convenção menciona expressamente a necessidade de servir-se das tecnologias assistivas nos processos de habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e o art. 27, alínea i), estatui que todas as adaptações razoáveis devem ser feitas nos locais de trabalho das pessoas com deficiência. No plano infraconstitucional, é digna de relevo a já citada Lei 10.098/2000, a qual, embora tenha como principal foco a acessibilidade arquitetônica, não deixa de dedicar espaço à acessibilidade nas comunicações e nos sistemas de informações.

Daí se conclui, sem dúvidas, pelo direito fundamental das pessoas com deficiência à utilização de recursos assistivos no campo da educação e do trabalho. Corolário dessa constatação é que nem a instituição de ensino, nem o empregador, podem impor ao deficiente a utilização de software incompatível com recursos de acessibilidade. Nesse contexto, a atualização dos programas utilizados pelo trabalhador com deficiência só

poderá ser levada a efeito se for garantido padrão de acessibilidade equivalente ao que existia antes da atualização, sob pena de retroceder-se nos patamares de integração e produtividade alcançados pelo deficiente.

A segunda vertente do problema é o direito consumerista. Em nosso ordenamento, os softwares são protegidos pelo direito de autor e o usuário final tem seus direitos limitados pelo contrato de licença, mas a análise das disposições aplicáveis permitem concluir que o fornecedor não pode proibir que o adquirente faça alterações no software, ainda que por conta própria, a fim de promover a acessibilidade (art. 6º, IV, Lei 9.609/98). O art. 7º da referida lei dispõe que cada versão comercializada deve ser coberta por um período de validade técnica, durante o qual o fornecedor está obrigado a prestar serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa (arts. 7º e 8º).

Realizando a leitura conjunta das referidas normas e das contidas no CDC, chega-se à conclusão de que o software deve ser entendido como um produto ou serviço, conforme o caso, oferecido a uma coletividade de destinatários, entre os quais se inserem as pessoas com deficiência. Destarte, o desenvolvedor de software que transcurar os inúmeros protocolos e padrões existentes para garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência terá prestado um serviço cujos resultados estarão aquém do que se espera razoavelmente ou terão desenvolvido um produto impróprio para o uso que dele razoavelmente se espera, configurando prestação viciada ou produto defeituoso respectivamente nos termos dos arts. 14, II, e 12, § 1º, II, do CDC, e o defeito será passível de reparação.

A partir dessas premissas, pode-se concluir que os desenvolvedores de novos softwares destinados à utilização por uma coletividade indeterminada estão juridicamente obrigados a levar em conta os aspectos de acessibilidade, pois, caso contrário, o resultado de seu trabalho será impróprio para o consumo de uma vasta gama de indivíduos que também devem ser respeitados em sua condição de consumidor.

Eis a conclusão clara e insofismável a que a interpretação sistemática das normas vigentes conduz. Todavia, os delineamentos acima propostos estão longe de espelhar a realidade de nosso mundo digital. Para citar apenas um problema endêmico, é muito comum desenvolvedores escolherem a plataforma JAVA para construir suas páginas e, ao final, deixar de habilitar os recursos de acessibilidade oferecidos em tal linguagem de programação.

Os cenários de conflito são multifacetários, de forma que não é possível indicar de antemão a forma de atuação mais adequada a ser seguida pelo Ministério Público. Algumas balizas, porém, podem e devem ser postas.

Certamente é inquestionável a legitimidade do Ministério Público para agir à luz do diálogo das fontes que caracteriza o microsistema da tutela dos direitos coletivos em nosso ordenamento. Assim, conquanto a Lei 7.853/89 não preveja expressamente a intervenção ministerial para tutela de direitos individuais homogêneos das pessoas com deficiência, tal lacuna é legitimamente sanada pelas atribuições constitucionais dada pela Carta Magna ao *Parquet*, bem como pela expressa previsão contida no CDC.

A responsabilidade do desenvolvedor por atualizações de sistemas pode variar conforme o conteúdo que a nova versão de um software pode conter e o tipo de contrato celebrado.

Grosso modo, a nova versão de um programa pode conter correções ou melhorias. As correções não trazem novos recursos ao software, mas aumentam sua performance ou estabilidade. Insere-se aqui, sem dúvidas, as alterações que melhoram o diálogo do software com os recursos de acessibilidade do sistema. O grande problema que se coloca na prática consiste em que os desenvolvedores, no mais das vezes, implementam correções junto com melhorias em uma única atualização e tendem a cobrar do consumidor pelo serviço adicional de desenvolvimento. Aliás, não é incomum que a nova versão de softwares de uso em larga escala, como sistemas operacionais e editores de texto, levem os desenvolvedores de programas de acessibilidade a lançar, tempos depois, uma nova versão de seus produtos com o objetivo de garantir a acessibilidade. Fenômenos do gênero se verificaram recentemente com a atualização do sistema operacional Microsoft Windows para a versão 8 e agora para a 10.

Sob o ponto de vista do contrato de licença, o software pode ser personalizado ou padrão. No primeiro caso, programadores empregados ou comissionados pelo cliente, constroem um software sobre medida para as necessidades do cliente e desenvolve esforços contínuos de melhoria e correção. Nesses casos, o software se configura como serviço do ponto de vista do desenvolvedor e não há dúvidas de que o proprietário do software – no mais das vezes uma instituição privada ou pública – deve diligenciar para que sejam desenvolvidos os recursos de acessibilidade.

Tratando-se, porém, de “software de prateleira”, padronizados e vendidos em massa ao varejo, a situação se torna mais complexa. De fato, a nova versão do programa, no mais das vezes, é comercializada como um produto novo e inovador e a atualização do usuário se coloca como uma opção não vinculada. Seja como for, o desenvolvimento dessas novas versões com ônus de atualização para o usuário não autoriza o desenvolvedor a deixar de realizar versão corretiva do produto anteriormente vendido no que tange à acessibilidade.

De todo exposto percebe-se que não existe solução pronta e exata para intervenção ministerial no caso. A melhor forma de garantir os direitos das pessoas com deficiência no caso concreto dependerá do contexto sócio-econômico dos envolvidos. Conforme o caso, algumas iniciativas de relevo podem ser a celebração de Termos de Ajuste de Conduta com empregadores de pessoas com deficiência, instituições de ensino ou desenvolvedores de software, questionamentos judiciais de vícios no produto ou serviço com a demanda de que novas versões, exclusivamente corretivas e gratuitas sejam lançadas, , campanhas institucionais de conscientização, entre outras.

**Bibliografia:**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte : Del Rey, 2008

DIAS, Ana Luiza; FORTES, Renata Pontin de Mattos, MASIERO, Paulo César; GOULARTE, Rudinei. Uma Revisão Sistemática sobre a inserção de Acessibilidade nas fases de desenvolvimento da Engenharia de Software em sistemas Web. Universidade de São Paulo, Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação. Disponível em: [http://www.labes.icmc.usp.br/~anadias/Docs/WAIHCWS10\\_artigo.pdf](http://www.labes.icmc.usp.br/~anadias/Docs/WAIHCWS10_artigo.pdf). Acesso em: 15 set. 2015

GARCIA, Maxiwell Salvador; MENEZES, Anderson Luiz. Estudo de Ferramentas de Acessibilidade para Portadores de Deficiência Visual no GNU/LINUX, Disponível em: <http://www.unioeste.br/cursos/cascavel/pedagogia/eventos/2008/3/Artigo%2006.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015

SILVEIRA, Clóvis da; REIDRICH, Regina de Oliveira; BASSANI, Patrícia Brandalise Scherer. Avaliação das tecnologias de softwares existentes para a Inclusão Digital de dEficientes visuais através da Utilização de Requisitos de Qualidade. *CINTED-UFRGS Novas Tecnologias na Educação*. v. 5. n. 1, julho 2007. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/renote/article/view/14268>>. Acesso em: 15 set. 2015

# ***MP NA COMUNIDADE COMO INSTRUMENTO DE JURIDICIZAÇÃO DE CONFLITOS***

*VINICIUS MENANDRO E. SOUZA  
CELSO JERONIMO SOUZA*

O projeto “MP na Comunidade”, desenvolvido pelo Ministério Público do estado do acre, atende o primado do acesso à Justiça, servindo como instrumento de Juridicização ao promover a mediação de conflitos e resolução de demandas metaindividuais.

## MP na Comunidade como instrumento de juridicização de conflitos

*Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto<sup>1</sup>*

*Celso Jerônimo de Souza<sup>2</sup>*

*Vinicius Menandro Evangelista de Souza<sup>3</sup>*

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O presente artigo tem por finalidade analisar o primado do acesso à justiça e o fenômeno da juridicização de conflitos, enfocando a abordagem no projeto intitulado “MP na comunidade”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Acre, cujo escopo finalístico é potencializar o atendimento do *Parquet* à sociedade acreana, de forma a minimizar e/ou corrigir as violações de direitos, promovendo cidadania na era digital.

#### Palavras-chaves

Acesso à justiça – Juridicização de conflitos – “MP na comunidade” – Cidadania – Era digital.

#### 1. Introdução

A plenitude do acesso à Justiça constitui, sem sombra de dúvidas, um dos maiores desafios do século XXI, marcado pelos signos da diversidade cultural e do pluralismo jurídico, destacando-se o Ministério Público Brasileiro no papel de gendarme de tal direito fundamental na era digital.

Na concepção pós-moderna, o acesso à justiça representa, além da inafastabilidade do controle jurisdicional, o acesso a meios resolutivos de conflitos, despontando a mediação e a conciliação como técnicas de asseguramento de garantias em prol dos novos sujeitos de direitos.

Assim sendo, diante da multiplicidade de conflitos existentes na sociedade e as limitações do Poder Judiciário em dar resposta célere ao cipoal de demandas submetidas ao crivo jurisdicional, revelou-se a necessidade de adoção de fórmulas alternativas de composição dos litígios, baseadas no diálogo e consenso.

Nesta senda, o presente ensaio analisará, inicialmente, o postulado do Acesso à Justiça e as novas metodologias de solução de conflitos fundadas na aplicação de técnicas basilares de conciliação e mediação.

Em seguida, será abordado o fenômeno da juridicização dos conflitos, que consiste justamente na busca do consenso pelo diálogo na esfera extrajudicial, de forma a prescindir da atuação do Poder Judiciário.

Por fim, será exposto o projeto social executado pelo Ministério do Estado do Acre, intitulado “MP na comunidade”, que objetiva aproximar a Instituição ministerial do cidadão, fornecendo seus serviços nas áreas da saúde, cidadania, consumidor, entre outros, diretamente à população que mais necessita.

---

<sup>1</sup> Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Especialista em Direito Processual Civil e Administração Pública.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça titular da 8ª Promotoria de Justiça Cível e Secretário-Geral do Ministério Público do Estado do Acre. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público.

<sup>3</sup> Promotor de Justiça titular da Promotoria Especializada de Conflitos Agrários e Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Relações Internacionais. Professor efetivo da Universidade Federal do Acre e da Faculdade da Amazônia Ocidental.



Com efeito, o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, figura como ator importante no sistema de juridicização, denotando a importância da temática, intrinsecamente vinculada ao desiderato da pacificação social.

## 2. Fundamentação teórica

### 2.1 Acesso à Justiça

O princípio do Acesso à Justiça encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, com o seguinte teor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Portanto, trata-se de garantia fundamental e com estatura constitucional, significando que o acesso ao Poder Judiciário não pode, via de regra, ser limitado ou suprimido por norma hierarquicamente inferior, assegurando aos cidadãos o pleno direito de provocação do Estado-Juiz para a resolução de eventuais conflitos de interesses.

Sobre o assunto, o constitucionalista Dirley da Cunha Junior enfatiza que: “O direito de acesso à justiça traduz-se numa das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se pela inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito”<sup>4</sup>.

Como corolário lógico, tem-se um aumento vertiginoso do número de processos judiciais no Estado brasileiro, abarrotando o Poder Judiciário e dificultando a prestação jurisdicional, tornando-o incapaz de satisfazer em tempo razoável as demandas que lhe são submetidas diuturnamente.

A esse respeito, no último relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, denominado “Justiça em números-2013”, observa-se que: “O ano de 2012 começou com um estoque de 64 milhões de processos que, somados aos 28,2 milhões ingressados no decorrer do referido ano, fizeram com que o Poder Judiciário alcançasse o patamar de 92,2 milhões de processos em tramitação, o que equivale a um aumento de 4,3% no ano e de 10,6% no quadriênio”<sup>5</sup>.

Na sequência, o mesmo relatório salienta que: “A principal questão que os dados revelam é que o ingresso de novas ações judiciais cresce mais significativamente (14,8%) que a resolução desses processos, tanto em termos do quantitativo de processos baixados (10%) quanto de sentenças proferidas (4,7%). Assim, além do constante aumento do estoque, houve queda de 4,3 pontos percentuais no índice de baixados por caso novo - que, desde 2011, tem registrado índice abaixo de 100% - o que indica que os tribunais não estão conseguindo baixar nem mesmo o quantitativo de processos que ingressaram no Judiciário nesse período”<sup>6</sup>.

O cenário descrito aponta uma crise de litigiosidade, desvanecendo a confiança depositada pelos cidadãos no sistema jurisdicional, extremamente burocratizado e moroso, remanescendo o descrédito no Poder Judiciário, porquanto, como já advertia Rui Barbosa na sua célebre expressão: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

---

<sup>4</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 699.

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario\\_executivo09102013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario\\_executivo09102013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.

Nesse contexto, o Estado contemporâneo cobra e exige uma resposta expedita aos conflitos surgidos no meio social, bem como a maior aproximação dos órgãos estatais encarregados pela distribuição de Justiça à realidade fática, impondo um novo olhar ao escopo teleológico da norma, em detrimento da aplicação da letra fria da lei.

Não é por outra razão que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 5º, preconiza que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Na festejada obra “Acesso à Justiça”, Mauro Cappelletti verbera que: “A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”<sup>7</sup>.

Por conseguinte, o decantado Estado Social, embora sobrepujado pelo novel modelo neoliberal de caráter mercadológico, proclama a idealização de um paradigma de Justiça próxima ao cidadão, conhecedora das vicissitudes sociais, e que, sobretudo, se distancie das amarras do tecnicismo legal, voltando-se para a satisfação do bem comum.

Com efeito, trata-se de um novo paradigma que propõe o desencastelamento do saber jurídico, numa perspectiva transformadora da realidade social, erigindo o Direito à dimensão axiológica de concreção do valor do justo.

A ser assim, exsurtem novas técnicas de resolução consensual dos litígios, materializadas na autocomposição dos conflitos de interesses, por meio das ferramentas da mediação e conciliação, efetivamente conferindo uma nova roupagem à solução de controvérsias por meio da desjudicialização das querelas.

Desta sorte, em 1 de dezembro de 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 18, dispondo sobre a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”, institucionalizando os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, uma vez reconhecido que a “negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento”<sup>8</sup>.

## 2.2 Juridicização de conflitos

Para Érica Barbosa e Silva, o “acesso à Justiça deve ser compreendido por três prismas: universalização, celeridade e adequação. Nesse sentido, cumpre fazer uma breve verificação acerca da relação existente entre esses prismas e os meios consensuais, pois o contemporâneo desempenho da Justiça dependerá da

---

<sup>7</sup> CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 69.

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.cnpmp.gov.br/portal/images/Resolucao\\_nº\\_118\\_autocomposicao.pdf](http://www.cnpmp.gov.br/portal/images/Resolucao_nº_118_autocomposicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015.

correta estruturação de diversos meios de solução dos conflitos e, na construção desse quadro harmonioso, terão grande relevância o que se destinarem à construção do consenso”<sup>9</sup>.

Com efeito, na busca da construção do consenso pelo diálogo, avulta a importância do processo de resolução extrajudicial de litígios, por meio do qual as partes são concitadas a construir a melhor solução para a demanda posta, assim evitando-se a judicialização dos conflitos que, não raras vezes, se eternizam no tempo.

Ao delinear as diferenças entre os fenômenos da judicialização e juridicização, Felipe Dutra Asensi aduz que: “se num contexto de judicialização o Judiciário é chamado a decidir no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito (Tate e Vallinder, 1995: 15); num contexto de juridicização predomina a idéia de consenso pelo diálogo, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente;”<sup>10</sup>.

Como cediço, 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, conforme preconiza o art. 127, da Constituição da República de 1988.

Sob o ângulo constitucional, vislumbra-se a vastidão do campo de atuação do *Parquet*, convocado para agir na defesa de questões sensíveis ao tecido social, tais como saúde, criança e adolescente, idoso, meio ambiente, entre outras demandas que envolvem a tutela dos interesses metaindividuais.

Para o exercício de tal mister, a legislação disponibiliza ao Ministério Público instrumentos extrajudiciais, tais como o procedimento preparatório e inquérito civil, destacando a possibilidade de realização de acordos para a resolução da controvérsia, sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário.

Na concepção de Angela Salton Rotunno, “É possível viabilizar o diálogo, e, através dele, a construção de consensos que assentem as disputas existentes. Esta solução receberá a forma de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), Resolução ou Convênio. Entretanto, o mais importante é que a solução seja ‘construída’ pelos interessados. Entendemos que o Ministério Público pode e deve ser o interlocutor das instituições na condução dos diferentes pleitos. O MP deve ser o espaço de diálogo, a mesa de negociação dos atores sociais envolvidos, para que as divergências sejam superadas”<sup>11</sup>.

Sendo assim, no contexto de juridicização, o Ministério Público surge como um dos protagonistas de consolidação da nova concepção de acesso à justiça, cabendo ao agente ministerial servir como veículo de construção do diálogo e de facilitador da resolução consensual dos conflitos.

Nesta linha de raciocínio, adveio o Projeto “MP na Comunidade”, que será apresentado no tópico seguinte.

### 2.3 MP na Comunidade

---

<sup>9</sup> SILVA, Érika Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 25.

<sup>10</sup> ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o ministério público. **Revista do Ministério Público do RS**, set. 2009. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1259071580.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071580.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.

<sup>11</sup> ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no ministério público. **Revista do Ministério Público do RS**, set. 2009. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323964034.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323964034.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.

O projeto “MP na Comunidade”, idealizado pelo Ministério Público do Estado do Acre, tem por objetivo central ampliar o atendimento à sociedade acreana, de forma a propiciar a solução de conflitos por meio de métodos consensuais, assim promovendo justiça e cidadania.

Além de tornar conhecida e aproximar a instituição da população, o programa amplia a capacidade de intervenção e atua diretamente onde os problemas sociais e jurídicos se apresentam de forma mais acentuada.

O diferencial do projeto é o fato da estrutura de atendimento do MPAC (pessoas e meios materiais) se deslocar para a comunidade e atuar por oferta e não por demanda. Compreende-se que a complexidade e a fragmentação caracterizam os processos da construção social. Nesse aspecto, se faz necessário conhecer a realidade da comunidade para melhor promover as intervenções, sejam elas exclusivas do Ministério Público do Estado do Acre, ou de outras instituições públicas e organizações sociais.

O projeto MP na Comunidade é realizado em três fases: a primeira consiste no levantamento do inventário social (identificação de situações-problema) e mobilização, enquanto na segunda fase ocorrem os atendimentos, primeiramente de modo direcionado/domiciliar, feito por oferta após a identificação de situações-problema, e, em seguida, com atendimento ampliado, momento em que os membros do MPAC prestam atendimento diretamente na comunidade, juntamente com as instituições parceiras.

O atendimento presencial ocorre em forma de mutirão em um único dia, chamado Dia “D”. Posteriormente à realização do Dia “D”, são implementadas, na terceira fase, diversas atividades preventivas-educativas e/ou repressivas, como forma de mitigar, impactar ou solucionar os problemas de maior gravidade na comunidade e até mesmo monitorar o resultado das ações.

Em linhas gerais, a metodologia de trabalho do projeto é a seguinte:

**Identificação da comunidade:** o momento do levantamento situacional compreende a identificação da comunidade onde o projeto será realizado, que deve levar em consideração algumas variáveis do desenvolvimento humano. Não somente o aspecto econômico é levado em consideração, mas as características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade da vida humana. Assim, a comunidade a ser beneficiada com o projeto deve apresentar carências humanas, especialmente as relacionadas à baixa renda e pobreza, baixos índices de desempenho da educação e analfabetismo, indicadores desfavoráveis de saúde e altos índices de criminalidade. Analisados esses aspectos, estabelecem-se as comunidades focais para a realização do projeto, que podem ser em territórios rurais ou urbanos.

O estudo situacional para a identificação das comunidades focais pode ser realizado por meio de dados secundários: demografia, registro civil, percepção de segurança, Índice de Desenvolvimento Humano (IDH-M), indicadores de saúde, orçamento familiar, emprego, educação, saneamento básico, hidrografia, serviços e equipamentos públicos existentes na comunidade e outros relacionados a grupos populacionais específicos (crianças, adolescentes, mulheres e idosos). A partir desse estudo, formata-se um relatório situacional da comunidade, com a demonstração da situação real e a descrição dos principais problemas que afetam diretamente a qualidade de vida da população daquela comunidade.

**Identificação de situação-problema:** o momento da identificação de situação-problema revela as carências reais da comunidade, sejam elas individuais ou coletivas, conjunturais ou estruturais, assim como as possibilidades de intervenções pontuais (cirúrgicas) ou estratégicas (de médio e longo prazo). Identifica, ainda, o grau de complexidade da situação e os potenciais e reais interessados ou responsáveis pela solução do problema.

A situação-problema é identificada por meio de dados e informações oficiais, coletadas nas instituições públicas federais, estaduais e municipais, especialmente as promotoras das políticas públicas de educação, saúde, assistência social e segurança pública; pelas organizações sociais e comunitárias, como associação de moradores, Conselhos (tutelar, da criança e adolescente, idoso, assistência social, segurança alimentar), igrejas, cooperativas de trabalho, ONGs ligadas ao meio ambiente, pontos de cultura, Comunidades Terapêuticas, comerciantes locais e outras fontes documentais.

- **Situação-problema: direito fundamental individual**

Para a verificação de situações individuais de violação de direitos, foi criado instrumento específico, que visa identificar a situação-problema de violação de direitos. Para essas situações, destacam-se os públicos prioritários mais vulneráveis, quais sejam: idosos, pessoas com deficiência, mulheres, crianças e adolescentes. São situações que merecem intervenções imediatas, como abandono de incapaz, criança ou adolescente em situação marital, criança ou adolescente sem frequentar a escola, criança vítima de violência (especialmente sexual), idoso em situação de negligência, deficiente físico ou mental em situação de maus tratos, pessoa com doenças graves sem a atenção do Estado, residência em situação de risco de desabamento localizada em área de risco, residências em área perigosa ou em local onde o terreno ou água estão contaminados, ou pessoa em situação de drogadição que se encontra em risco social. Em relação a tais casos, o técnico do MPAC preenche a ficha de identificação, que é imediatamente encaminhada à Coordenação do Centro de Atendimento ao Cidadão (CAC) do Ministério Público do Estado do Acre para que os profissionais especializados (psicólogos, assistentes sociais e analistas processuais) realizem a visita domiciliar direcionada, constituindo-se no primeiro atendimento, para colher maiores informações sobre o caso e fazer os devidos encaminhamentos para a solução dos problemas.

- **Situação-problema: direitos fundamentais coletivos**

Outrossim, foi elaborado instrumento de verificação da execução das políticas públicas de educação, saúde, assistência social e segurança pública implantadas na comunidade, posto que a maior parte dos problemas relatados pela população possui relação direta com a ineficaz prestação dos serviços por parte dos órgãos responsáveis por essas políticas. Dessa forma, o Ministério Público do Estado do Acre, de posse das informações técnicas sobre a situação da execução dessas políticas, intervêm no sentido de intermediar, por meio de medidas extrajudiciais, a construção de uma proposta de solução, de modo a beneficiar o conjunto da população dessa comunidade.

As fichas de identificação de situações-problema deverão ser encaminhadas, ao final da jornada de trabalho, à Coordenação do CAC, que fica responsável pela avaliação da situação-problema e pelos atendimentos domiciliares. Os casos relacionados à dependência química são atendidos por profissionais especializados do Núcleo de Atendimento Psicossocial em dependência química (NATERA). Já os casos de maior complexidade, de caráter coletivo, como conflitos fundiários, problemas ambientais e outros, cuja especificidade requer um tratamento interdisciplinar de maior volume, serão direcionados aos profissionais do Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

### **Primeira fase: mobilização e comunicação**

Inicialmente, é formada uma equipe especialmente preparada para realizar a mobilização comunitária. Essa equipe, além de realizar visitas, coletar informações e convidar as pessoas para participar do projeto,

também é responsável por organizar um encontro prévio à realização do Dia “D”, com lideranças e moradores locais, contando com a participação do Procurador-Geral de Justiça.

Para dar visibilidade ao projeto e promover a adesão e participação do cidadão, a equipe de mobilização tem como tarefas:

- Organizar reuniões com parceiros e lideranças;
- Realizar contatos telefônicos e envio de material;
- Visitar as instituições públicas locais para mobilizar e levantar situações-problema: escolas, creches, Creas, Cras, Conselhos Tutelares, estabelecimentos de saúde, mercados públicos, Batalhões da Polícia Militar, delegacias, entre outras;
- Distribuir material de divulgação.

A equipe de mobilização trabalha em total sintonia com a equipe do inventário social a fim de que não haja conflito na coleta de informações. Ambas as equipes deverão levantar situações-problema, sendo que a equipe do inventário social é responsável pela verificação de situações que requerem intervenções coletivas, ao passo que a equipe de mobilização faz o levantamento de situações que requerem intervenções individuais.

A equipe de mobilização do projeto faz contato com o maior número de pessoas da comunidade, ficando responsável por realizar reuniões com lideranças formais e informais, bem como promover mobilização em escolas e igrejas. Além disso, realiza a distribuição de cartazes e filipetas nas áreas mais movimentadas e ônibus de circulação na comunidade.

A estratégia de comunicação do projeto fica a cargo da Assessoria de Comunicação do MPAC que elabora o material publicitário (faixas, filipetas, *spots*) e viabiliza a inserção de vinhetas em TVs e rádios para divulgação do projeto. Ainda, na semana que antecede a realização do Dia “D”, fica responsável em agendar a participação do Procurador-Geral de Justiça e Promotores de Justiça em entrevistas de rádio e TVs locais, identificando os programas de maior audiência para alcançar o maior número de pessoas, especialmente aquelas residentes em locais isolados. Todo o material de divulgação do projeto deve conter a programação, inclusive os serviços que serão prestados pelos parceiros. A linguagem dos *spots* deve ser clara e simples para que a população da comunidade possa compreender.

#### **Segunda fase: atendimento direcionado em domicílio**

Após a identificação de situações-problema de violação de direitos fundamentais individuais, o CAC, por meio de sua equipe especializada, constituída por psicólogo, assistente social e analista jurídico, realiza visita direcionada na residência do cidadão. Nessas visitas, serão colhidas todas as informações necessárias para o encaminhamento da solução. As demandas que poderão ser geradas para o MPAC serão encaminhadas pelo CAC às Promotorias de Justiça e serão monitoradas pelo coordenador de Monitoramento e Avaliação do projeto.

#### **Segunda fase: atendimento especializado**

As situações-problema de pessoas com dependência química serão encaminhadas pelo CAC ao NATERA, que procederá ao atendimento domiciliar. O cidadão, após o primeiro atendimento, será encaminhando para tratamento na rede pública de saúde e esse tratamento, dependendo da gravidade, será acompanhado pela equipe do NATERA.

**Segunda fase: atendimento Dia “D”**

O atendimento do Dia “D” é realizado por Promotores de Justiça, com destaque para as Promotorias Especializadas da Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, Defesa da Cidadania, Defesa da Saúde, Defesa dos Direitos Humanos, 13ª Promotoria Criminal Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Promotoria Especializada de Conflitos Agrários e por Promotores das áreas criminal e cível. Os atendimentos são realizados em dois turnos, iniciando às 8 horas com encerramento às 17 horas.

As Promotorias Especializadas de Defesa do Meio Ambiente, Conflitos Agrários e a de Habitação e Urbanismo atuam com foco principal nos problemas coletivos, e poderão ser acionadas durante a realização do inventário social. Os procedimentos realizados por essas Promotorias resultam, frequentemente, na realização de mediação e pactuação de responsabilidade para a solução extrajudicial do problema.

No espaço físico de atendimento do Dia “D”, é instalado o CAC, com no máximo 12 atendentes por turno na capital e 10 atendentes no interior; Promotorias de Justiça e salas para o atendimento dos órgãos parceiros, entre os quais Tribunal de Justiça, OAB, Justiça Federal, Defensoria Pública, Detran, Polícia Militar, Secretarias Estaduais e Municipais, Conselho do Idoso, Conselho Tutelar, Pastoral da Criança, entre outros.

**Segunda fase: atividades preventivas/educativas e/ou repressivas**

De posse das informações do relatório do inventário social, a equipe operacional do projeto organiza agenda de atividades educativas/preventivas na comunidade. Essas ações são, em sua grande maioria, realizadas pelas instituições parceiras, pois, em alguma medida, atendem demandas específicas, como cursos de qualificação profissional, palestras e campanhas de enfrentamento às drogas, e à violência doméstica e familiar contra a mulher, atividades com jovens em relação à gravidez na adolescência, campanhas sobre violência no trânsito, entre outras atividades.

Na agenda de atividades promovidas exclusivamente pelo MPAC, incluem-se a realização do projeto Promotor por Um Dia, Campanha de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, rodas de conversa com infratores ou pessoas em situação de dependência química, e o pacto pela segurança pública, no âmbito do Projeto Comunidade Segura, em parceria com a Secretaria de Estado de Segurança Pública e as Prefeituras.

O relatório do inventário social também poderá fundamentar e subsidiar as Promotorias Especializadas de Defesa da Saúde, Direitos Humanos, Cidadania e Criança e Adolescente na realização de inspeções nas escolas, estabelecimentos de saúde, estabelecimentos de segurança pública, ONGs que realizam atividades na comunidade com recursos públicos, entre outras entidades, visando a melhoria da prestação dos serviços ofertados.

**Terceira fase: monitoramento e avaliação**

Após a realização do Dia “D”, é feita uma reunião de avaliação para verificar os resultados e benefícios alcançados com a execução do projeto: número de pessoas beneficiadas; casos encaminhados a outros órgãos; casos de responsabilidade do MPAC; qualidade do atendimento; qualidade dos serviços de apoio à realização do evento; tempo de resposta e maturação dos resultados; aprendizagem e crescimento. Essa reunião será mediada pelo coordenador-geral do projeto, com a participação de pessoas/equipes que trabalharam no evento.

O acompanhamento dos atendimentos fica a cargo da Coordenação de Monitoramento e Avaliação, por intermédio de membro designado pelo Procurador-Geral de Justiça, que terá a função de monitorar e avaliar a eficácia do atendimento no âmbito do MPAC, e verificar as situações que foram encaminhadas para os órgãos executores de políticas públicas.

Certo é que o “MP na Comunidade” contribui significativamente para o acesso à justiça, uma vez que possibilita a concreção de justiça social, notadamente por meio da verificação da violação de direitos fundamentais em comunidades que apresentam alta vulnerabilidade social e pela promoção das intervenções extrajudiciais, em especial a mediação, conciliação, negociação, entre outras técnicas autocompositivas.

Com isso, altera-se o paradigma do atendimento, que passa a ser por oferta e não por demanda da pessoa/organização/grupo social que tem seu direito violado, pois o problema é previamente identificado e avaliado por profissionais especialistas do MPAC, sendo realizado o primeiro atendimento no local onde o fato acontece, ou seja, no local da necessidade. Em seguida, o MPAC desloca para a comunidade toda a estrutura de atendimento (pessoas e meios materiais), quando, então, Procuradores e Promotores de Justiça realizam o atendimento da população, por meio das Promotorias Especializadas e das áreas cíveis e criminais. A partir daí, se constrói toda uma agenda de trabalho na qual o MPAC promove a mediação nas soluções e acompanha a execução das ações e sua efetividade.

Em 19 (dezenove) edições do Projeto “MP na Comunidade” no Estado do Acre realizados entre 2013/2015, contabilizou-se 20.778 (vinte mil, setecentos e setenta e oito) atendimentos em 8 (oito) Municípios (Rio Branco, Cruzeiro do Sul, Senador Guiomard, Sena Madureira, Brasília, Tarauacá, Manoel Urbano e Porto Acre), evidenciando o sucesso da iniciativa, que objetiva a pronta e eficaz resolução dos conflitos, apresentando o Ministério Público à sociedade como um órgão de diálogo e mediador para a consecução de políticas públicas e direitos fundamentais.

### **3. Conclusão**

Acesso à Justiça não significa, exclusivamente, acesso ao Poder Judiciário mas, principalmente, acesso à ordem jurídica justa, cujo eixo fundamental é a presteza na resolução dos conflitos pelo poder estatal.

Hodiernamente, uma vez identificada a crise de litigiosidade, reclamam-se novos métodos de solução de conflitos, alheios à morosidade jurisdicional, sobrelevando as técnicas de mediação e conciliação como instrumentos efetivos de pacificação social.

A juridicização, consubstanciada na resolução extrajudicial dos conflitos de interesses, traduz fenômeno inerente aos órgãos essenciais à função jurisdicional, destacando-se o Ministério Público que, com o instrumental que lhe é peculiar (TAC's, Recomendações, entre outras medidas), possui força motriz direcionada à solução dos conflitos pela via consensual.

O Ministério Público do Estado do Acre, no âmbito do projeto “MP na Comunidade” desenvolveu um método de estudo e verificação da eficácia das políticas públicas de saúde, educação, assistência social e segurança pública e de identificação de violação de direitos fundamentais que afetam diretamente o bem-estar do indivíduo e, conseqüentemente, da comunidade que mais depende da intervenção estatal. Esse estudo fornece subsídios técnicos que qualificam as intervenções extrajudiciais de Promotores de Justiça visando a resolução consensual dos conflitos.



Após a realização do projeto, sobretudo a partir dos relatórios elaborados pela equipe de levantamento e as demandas apresentadas durante a edição do projeto no “Dia D”, são firmados, com a mediação do MPAC, pactos para a melhoria dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, solucionadas situações-problema de violação de direitos fundamentais que afetam o indivíduo, especialmente relacionados aos idosos, mulheres, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, entre outros indivíduos, visando garantir o acesso às políticas públicas, eliminar as privações de bem estar e promover a justiça distributiva às pessoas que mais precisam, com a inclusão social e cidadania, tudo isto sem a necessidade de recorrer aos métodos tradicionais de solução de conflitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o ministério público. **Revista do Ministério Público do RS**, set. 2009. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1259071580.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071580.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.
- CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario\\_executivo09102013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 118, de 1 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.cnpm.gov.br/portal/images/Resolucao\\_nº\\_118\\_autocomposicao.pdf](http://www.cnpm.gov.br/portal/images/Resolucao_nº_118_autocomposicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015>.
- ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no ministério público. **Revista do Ministério Público do RS**, set. 2009. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323964034.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323964034.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2014.
- SILVA, Érika Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 25.

# ***A PROVA OBTIDA A PARTIR DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA***

*THYEGO MATOS*

A lei nº 12.850/13 foi editada com o fim de melhor instrumentalizar os órgãos de persecução estatal diante de ilegalidades praticadas por organizações criminosas. Embora sua aplicação se volte, expressamente, às infrações penais, defende-se, no presente artigo, sua aplicação aos atos de improbidade.

## **A PROVA OBTIDA A PARTIR DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Autor: THYEGO DE OLIVEIRA MATOS, 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.

**Ementa:** A Lei n.º 12.850/2013 foi editada com o propósito de melhor instrumentalizar os órgãos de persecução estatal diante das ilegalidades praticadas por organizações criminosas. Em que pese sua aplicação se voltar, expressamente, às infrações penais, defende-se, no presente artigo, sua aplicação, também, aos atos de improbidade administrativa perpetrados por organizações criminosas.

**Palavras-chave:** Delação premiada, improbidade administrativa.

### **I - INTRODUÇÃO**

A edição da Lei 12.850/2013 representou inegável avanço no processo de persecução penal pátrio, instrumentalizando os órgãos de investigação com um valioso instrumento de obtenção de elementos de informação, dentro do contexto de organizações criminosas, isto é, o instituto da colaboração premiada.

Em que pese o mencionado instituto já existir antes da edição Lei 12.850/2013, recentemente é que se tem visto sua utilização com grandes êxitos, onde as colaborações premiadas permitiram a recuperação de vultosas quantias desviadas dos cofres públicos, esquemas complexos de corrupção sendo desvendados, o desmantelamento de organizações criminosas que se instalaram no seio de grandes empresas nacionais etc.

O sucesso da utilização de tal instituto deve-se, acredita-se, à possibilidade conferida ao colaborador de mitigar as sanções cominadas aos seus atos, isto é, trata-se de instrumento persuasório em que benefícios legais são conferidos ao indivíduo desde que, em contrapartida, informações consistentes e uteis sejam fornecidas aos órgãos de investigação, permitindo, assim, a “montagem do quebra-cabeça” que jaez no seio de uma organização voltada a propósitos espúrios.

Sucede que, se por um lado assistimos com entusiasmo a utilização de tal instrumento em investigações e processos criminais, por outro, indaga-se: a prova obtida em colaboração premiada pode ser utilizada em processos de improbidade administrativa?

A presente tese visa, justamente, trazer algumas considerações sobre a questão acima lançada.

### **II - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA A PARTIR DA ÓTICA/JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A delação premiada é um mecanismo de investigação e obtenção de prova e foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu artigo 8º, parágrafo único. Posteriormente, sua aplicação também passou a ser prevista em outras normas, a exemplo da Lei 11.343/06, da Lei 12.529/11 e até mesmo do Código Penal, artigo 159, parágrafo 4º<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A primeira lei a prever essa colaboração premiada no Brasil foi a Lei de Crimes Hediondos. Previa-se a redução de um a dois terços da pena do participante ou associado de quadrilha voltada à prática de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo, que denunciasse à autoridade o grupo, permitindo seu desmantelamento (art. 8º, parágrafo único, Lei 8.072/1990). Já no crime de extorsão mediante sequestro, o benefício dependia que fosse facilitada a libertação da vítima (art. 159, § 4º, Código Penal). Posteriormente, passou-se a prever a delação premiada também para crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, incluído pela Lei 9.080/1995) e crimes praticados por organização criminosa (art. 6º, Lei 9.034/1995). Porém, o instituto somente foi reforçado e ganhou aplicabilidade prática com a Lei 9.613/1998, de combate à lavagem de dinheiro. Essa lei passou a prever prêmios mais estimulantes ao colaborador como a possibilidade de condenação a regime menos gravoso (aberto ou semiaberto), substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e até mesmo perdão judicial (art. 1º, § 5º, Lei 9.613/1998). No mesmo sentido caminhou a Lei 9.807/1999, que trata da proteção de testemunhas (arts. 13 e 14, Lei

Somente em 2013, entretanto, com a edição da Lei 12.850, que prevê medidas de combate às organizações criminosas, foi que a delação premiada passou a ser regulada de forma mais completa, sob a denominação de colaboração premiada. Coube a esta Lei trazer uma disciplina específica a respeito de tal instituto, conferindo maior segurança jurídica à sua aplicação.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 90.962, conceituou a delação premiada da seguinte forma: *“o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.”*<sup>2</sup>.

Ainda segundo o entendimento do mencionado colegiado, não basta que o investigado confesse sua participação no crime. Por mais que conte detalhes de toda a atividade ilícita e incrimine seus comparsas, ele só fará jus aos benefícios da delação premiada se suas informações forem efetivamente eficazes para a resolução do delito.

Este ponto assume ares de relevância, pois visa, justamente, diferenciar a delação premiada da confissão espontânea. Institutos diversos e, por conseguinte, com alcance e consequências distintas. A própria Lei 12.850/2013 traz norma específica nesse sentido, no art. 4º, § 16, ao expressar que *“nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”*

Ou seja, as informações procedentes da colaboração premiada precisam ser confirmadas por outros elementos de prova – a chamada prova de corroboração.

Esse entendimento foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 289.853 – MT, relatado pelo Ministro Félix Fischer, que deixou consignado: *“depreende-se da decisão recorrida que a condenação não se baseou tão somente em depoimento extraído da delação premiada, amparando-se, outrossim, em elementos coligidos tanto na fase inquisitorial quanto judicial, não havendo falar em nulidade do processo por ofensa ao contraditório e ampla defesa.”*

No que tange aos benefícios conferidos ao colaborador, os prêmios de um acordo de delação podem ir desde a diminuição da pena até o perdão judicial. Cabe ao magistrado decidir qual medida deve ser aplicada ao caso. Em relação a essa discricionariedade, o artigo 4º, parágrafo primeiro, da Lei 12.850/2013 disciplina que o magistrado deve levar em consideração *“a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”*.

Qualquer que seja a opção do juiz, entretanto, essa decisão deverá ser fundamentada. No julgamento do HC 97.509, da Quinta Turma do STJ, o colegiado entendeu que *“ofende o princípio da motivação, consagrado no artigo 93, IX, da Constituição Federal, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso”*.

Outra questão que pode surgir no contexto da aplicação de tal instituto é a possibilidade do delator voltar atrás e renegar as informações que tenha fornecido. Se houver arrependimento, não haverá benefícios da delação premiada, uma vez que o magistrado não poderá valer-se dessas informações para fundamentar sua decisão. Esse entendimento foi adotado pela Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 120.454 de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

No caso, houve colaboração com a investigação durante o inquérito policial, porém o paciente se retratou em juízo. De acordo com a ministra, *“o juiz nem sequer pode utilizar tais informações para fundamentar a condenação, visto que o delator se retratou em juízo”*.

No que tange à publicidade da delação, segundo o artigo 7º da Lei 12.850/2013, *“o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia”*. Ou seja, o contraditório e a ampla defesa só serão exercidos depois de concluídas as diligências decorrentes das informações obtidas com a colaboração premiada.

Esse entendimento, inclusive, segue a jurisprudência do STF<sup>3</sup>, segundo a qual o corréu pode ter acesso ao nome dos responsáveis pelo acordo de delação, mas esse direito não se estende às informações recebidas.

---

9.807/1999). Posteriormente, ainda foram editadas as Leis 11.343/2006, prevendo a colaboração premiada para crimes de tráfico de drogas (art. 41), e a Lei 12.529/2011, que denominou a colaboração premiada de “acordo de leniência”, prevendo sua aplicabilidade para infrações contra a ordem econômica (arts. 86 e 87). – Disponível em <<http://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada>> Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>2</sup> Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/A-delação-premiada-e-as-garantias-do-colaborador](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/A-delação-premiada-e-as-garantias-do-colaborador)> Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>3</sup> STF - Informativo 494. (...) Salientando que a delação premiada constitui elemento de prova, entendeu-se fundada, à primeira vista, a suspeita da impetração quanto à possível falta de isenção dos subscritores dos acordos de delação premiada,

Na mesma linha de tirocínio já decidiu o STJ, no julgamento da Ação Penal nº 707 – DF: “*tendo sido formulado o acordo de delação premiada no curso do inquérito policial, em razão do sigilo necessário, não há falar em violação ao princípio do contraditório*”.

Todos esse julgados demonstram que a delação premiada vem sendo aplicado pelos órgãos de investigação, algo que reforça sua eficácia, principalmente diante dos resultados alcançados. Lado outro, a jurisprudência que se vem construindo em volta de tal instituto permite a fixação de balizas mais seguras, facilitando o trabalho dos órgãos de persecução na nem sempre fácil tarefa de evitar nulidades.

Todavia, todos os acórdãos acima mencionados correspondem a processos criminais. Nada estranho, haja vista que o instituto em tela foi concebido para ser aplicado essencialmente na persecução criminal. A Lei 12.850/2013 deixa claro esse propósito em vários momentos<sup>4</sup>.

Sucedo que, apesar da orientação restritiva que parece ter abraçado a Lei 12.850/2013, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio pode levar à conclusão da possível aplicação do instituto da delação premiada em outras esferas do direito, interessando, para o presente trabalho, especificamente, o campo da improbidade administrativa.

### III - A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO IDÔNEO DE OBTENÇÃO DE PROVA DE ATOS IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, o instituto da delação premiada ocorre quando o acusado/indiciado imputa a autoria do crime a um terceiro, coautor ou participe, fornecendo às autoridades informações necessárias e fiéis a respeito das práticas delituosas promovidas por grupo criminoso, permitindo a localização da vítima ou a recuperação do produto do crime. Com isso, o colaborador visa reduzir a sua pena ou obter o perdão judicial.

A utilização da delação premiada se encontra em ascensão na esfera do direito penal e é uma realidade que tende a crescer ainda mais. Todavia, é possível sua aplicação no campo da improbidade administrativa?

Na doutrina, prevalece o entendimento de que não é possível a aplicação do instituto da delação premiada em sede de improbidade administrativa. Para Mauro Roberto Gomes de Matos “*a improbidade administrativa não é direito disponível e não permite a transação, como na delação premiada*”. Segundo o autor:

Se na delação premiada a lei penal permite que o acusado ou indiciado possa colaborar para identificar coautores, partícipes ou terceiros vinculados ao objeto da apuração penal, na ação de improbidade administrativa não há espaço para a transação ou conciliação, não sendo admitida a utilização analógica do aludido instituto para fins da Lei nº 8.429/92. Aliás, essa é a dicção do § 1º, do artigo 17, da Lei nº 8.429/92.

(...)

A transação é a convenção em que, mediante concessões recíprocas, as partes ajustam certas cláusulas e condições para prevenirem litígios, que possam suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado.

Como o direito explicitado na Lei n.º 8.429/92 é indisponível, o legislador expressamente proibiu acordo, conciliação ou transação.

uma vez que os representantes do parquet que subscreveram as denúncias também foram, em tese, vítimas do paciente, sendo razoável supor a hipótese de que eles também firmaram tais acordos, em indesejável coincidência dos papéis de acusador e vítima. **Afastou-se, contudo, a pretensão de se conferir publicidade aos citados acordos, cujo sigilo lhe é insito, inclusive por força de lei, aduzindo que ao paciente basta saber quem participou da confecção e homologação dos acordos, sendo pública e notória a condição dos delatores.** (...) HC 90688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.2.2008 (destaque nossos)

<sup>4</sup> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

(...)

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

(...)

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: - sem grifo no original

A PROVA OBTIDA A PARTIR DA COLABORAÇÃO PREMIADA  
E SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por ser indisponível, o titular da ação de improbidade não pode aplicá-la, ou transacionar redução de punibilidade, em face da colaboração ou da delação premiada, diferentemente da regra adotada no direito penal.

Não se aplica, portanto, perante a Lei n.º 8.429/92 o instituto da delação premiada, sendo ilícita a obtenção de confissões ou quaisquer outros meios de prova que não sejam os admitidos em direito. Ou seja, quando muito a delação premiada pode servir para dar ensejo a uma investigação através de inquérito civil público, em prol da produção de outras provas que possam demonstrar indícios de autoria e de materialidade da prática, em tese, de ato improbo. (...)

Da mesma forma, a guisa de ilustração, destaque-se que outros institutos do direito penal, como por exemplo o princípio da bagatela ou da insignificância também não é aplicado perante a Lei de Improbidade Administrativa, justamente por permitir a mitigação à violação ao princípio da moralidade qualificada, para fins de excludente de responsabilidade.<sup>5</sup>

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n.º 1.477.982-DF, relatado pelo Min. Og Fernandes, igualmente entendeu não ser aplicável o instituto da delação premiada em processos de improbidade administrativa.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. ART. 10, INCISOS I, VIII E XI, DA LEI Nº 8.429/92. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. INSTITUTO RESTRITO À ESFERA PENAL. MULTA CIVIL. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO. PROPORCIONALIDADE.

As penalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa independem das sanções penais, civis e administrativas previstas quando um mesmo ato puder, com fundamento legal, justificar suas aplicações, sendo, contudo, necessária a adequação das penas à gravidade do ato praticado.

Em se tratando das sanções por atos de improbidade administrativa, não há como se aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada, mesmo porque, no presente feito, a procedência do pedido decorreu da documentação oriunda do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Mesmo que o instituto da delação premiada não se destine ao caso dos autos, a contribuição do recorrente à justiça, aliado à confissão firmada em Juízo, além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade levam à diminuição da multa civil de duas vezes para uma vez o valor do dano causado ao erário. – sem grifo no original

Esse entendimento, aliás, prevalece na jurisprudência pátria:

A delação premiada tem aplicação restrita à esfera penal, não alcançando as demais sanções por improbidade administrativa. O recebimento de vantagem indevida por agentes públicos para obter apoio político em campanha eleitoral configura ato de improbidade, sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas. No caso, um dos réus, delator da existência e do funcionamento de organização criminosa instalada na cúpula do GDF, foi beneficiado judicialmente com a delação premiada em virtude da confissão e do termo de colaboração firmado com o MPDFT. Todavia, para o voto majoritário, não cabem os benefícios da delação premiada e do perdão judicial em sede de ação de improbidade administrativa, mesmo por analogia, pois trata-se de institutos exclusivos da esfera penal. Por sua vez, no voto minoritário entendeu-se que, pela interpretação teleológica do ordenamento jurídico, as regras do direito penal alusivas à colaboração premiada devem ser estendidas para a esfera da improbidade administrativa. TJDFT - Apelação Cível n.º 20110110453902APC, Relatora: CARMELITA BRASIL, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 21/07/2014. Pág.: 100 – sem grifo no original

Todavia, em que pese o entendimento acima esposado, existem aqueles que enxergam de modo diverso a possibilidade de utilização da delação premiada na esfera da improbidade administrativa. Isto porque, seja pela delação premiada e/ou acordo de leniência, seja pela confissão espontânea, aquele que facilita o trabalho da investigação é tratado de forma diferente se comparado a quem nega os fatos. Percebe-se que, em qualquer das situações acima analisadas, o réu preserva o seu direito ao silêncio e continua desobrigado de colaborar com as autoridades. Mas se resolver falar, cooperando será, no mínimo, premiado com a redução da pena.

Como bem observado pela Promotora de Justiça Karina Gomes Cherubini, do Ministério Público do Estado da Bahia, em artigo intitulado *Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa, “no processo penal, quem colabora com as investigações e confessa o crime poderá ter sua pena reduzida. Na improbidade administrativa, confessar não traz nenhum benefício a quem com ele praticou o ato ilícito”*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Disponível em:

<[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/DELACAO\\_PREMIADA\\_NAO\\_SERVE\\_PARA\\_FINS\\_DE\\_ADMISSIBILIDADE\\_DE\\_ACAO\\_DE\\_IMPROBIDADE\\_ADMINISTRATIVA.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/DELACAO_PREMIADA_NAO_SERVE_PARA_FINS_DE_ADMISSIBILIDADE_DE_ACAO_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf)>. Acesso em 01 set. 2015.

<sup>6</sup> CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. **Revista Jus**

Não se pode perder de vista que, como sustenta Fábio Medina Osório, o limite dogmático entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é o de que este não pode tipificar e punir condutas com penas privativas de liberdade, pois, quanto ao conteúdo ou qualidade das demais penas ou aos elementos morais e éticos, não haveria absoluta diferenciação, tanto que o legislador teria poderes discricionários na "administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos".<sup>7</sup>

Tal similaridade dogmática permite concluir que o tratamento legal dispensado a determinado fato (se ilícito penal ou administrativo) é uma opção, por vezes, política, construída no âmbito do legislativo. Mas essa opção, por si só, não afasta a devida contextualização dos institutos jurídicos dentro da ordem jurídica existente (interpretação sistemática).

Noutra senda, não se pode ignorar que em determinados aspectos a delação premiada e a Lei 8.429/92 têm finalidades convergentes, voltadas à tutela de bens valiosos para Estado. Logo, não se mostra razoável negar a aplicação do instituto da delação aos atos de improbidade administrativa.

Defendendo a aplicação do instituto da delação premiada no âmbito da improbidade administrativa, a Promotora de Justiça Karina Gomes Cherubini faz pertinentes ponderações:

Levando esses aspectos em consideração, menciona-se que a Lei de Improbidade Administrativa, mesmo considerada como um dos melhores instrumentos para punir a corrupção, apresenta dificuldades no seu trilhar investigatório, tal qual ocorre com processos criminais que envolvam organizações criminosas e lavagem de capitais, ou, ainda, nas investigações administrativas empreendidas pelos órgãos de defesa da concorrência, relacionadas a cartéis.

Roberto Livianu, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, cita o exemplo "*onde o Ministério Público está investigando um mega-esquema de crime organizado e não consegue chegar ao topo da pirâmide. Fez uma investigação das pessoas que formam a base do esquema e percebe que elas podem contribuir para chegar ao topo. Mas não pode abdicar da acusação de quem está na base, em troca de informação, para chegar aos mentores. Essa barganha processual é proibida pela legislação brasileira*", em face dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

Há de se ponderar que, apesar da vontade institucional vinculada ao cumprimento das leis ou de estar imbuído de seu dever institucional de atender a sociedade quanto a seus anseios de ordem, moralidade e justiça social, o Ministério Público nem sempre é dotado de infraestrutura adequada para exercer o combate da improbidade administrativa, valendo-se, muitas vezes, da colaboração de outros órgãos institucionais. Com isto, mostra-se eficaz até certo ponto em sua atuação, considerando que a tarefa de se perscrutar todos os meios legais possíveis para que a Lei da Improbidade Administrativa se cumpra é das mais árduas.

Os óbices encontrados limitam a atuação dos membros do Ministério Público e os resultados estão aquém da expectativa dos cidadãos brasileiros. É fato que a sociedade anseia por leis que se objetivem em resultados facilmente perceptíveis, pois o livre acesso à informação isenta e ao conhecimento dos negócios públicos identifica uma ordem social autenticamente democrática.

Há similitude entre o ilícito penal e o de improbidade administrativa em todos os fatores já comentados. Fábio Medina Osório amplia o leque das semelhanças, ao apontar que se admite dolo ou culpa como pressupostos da responsabilidade por improbidade administrativa. Tal responsabilidade subjetiva acarreta a possibilidade de serem admitidas causas que excluam a culpabilidade administrativa ou a própria exclusão de tipicidade. Em face disto, vislumbra a arguição de teses como erro de tipo e de proibição no âmbito do direito administrativo sancionador, sem que se cometa uma 'heresia'.

Se para o ilícito penal a confissão gera a atenuação da pena, não há razoabilidade em aplicar uma penalidade para o mesmo fato, agora visto sob seu prisma administrativo, com o único enfoque de gerar uma decisão de mérito, diminuindo a matéria probatória a ser examinada (CPC, art. 334, inc. II), sem qualquer repercussão na dosimetria sancionatória.

A jurisprudência criminal reconhece a confissão espontânea e a valora, já que sua realização beneficia a todos, serve de base para a fundamentação da condenação, facilita o trabalho do Estado na demonstração da culpa e, ao mesmo tempo, dá a certeza que não haverá uma injustiça.

---

Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10340>>. Acesso em: 8 set. 2015.

<sup>7</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Idem. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124

Se a confissão nos processos cíveis, especificamente nos feitos de improbidade administrativa, fosse reconhecida como atenuante da sanção e mais, se fosse estendido a esse tipo de feito os demais benefícios da delação premiada, haveria um avanço na instrução do inquérito civil e na própria instrução processual, obtendo-se peças de um quebra-cabeça que, de outra forma, pode seguir incompleto, mesmo que se obtenha um deslinde condenatório.<sup>8</sup>

Na mesma senda, Wallace Paiva Martins Junior enxerga a necessidade de melhor instrumentalizar os órgãos voltados ao combate da improbidade, inclusive, com as devidas acomodações, mediante a utilização da delação premiada:

(...) a adequada penalização dos atos de improbidade administrativa, que têm o caráter de organização criminosa, está a merecer especial atenção do legislador pátrio no direito penal e processual penal e reclama inserção de instrumentos eficazes e proporcionais no combate a essa modalidade de crime organizado, exigindo um preparo mais efetivo, e igualmente organizado, do Ministério Público e do Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais.<sup>9</sup>

No plano normativo, a partir de uma interpretação sistemática, não se enxerga óbice legal à aplicação da delação premiada aos casos de improbidade administrativa. Isto porque, exemplificativamente, o artigo 126 do Código de Processo Civil autoriza expressamente o uso da analogia no julgamento da lide, ao expressamente consignar que "*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*". No mesmo sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/42) estabelece, no seu artigo 4.º, que "*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*". Ademais, aplicação da analogia com fundamento no princípio da igualdade jurídica é, de forma geral, consenso entre os doutrinadores.<sup>10</sup>

#### IV – CONCLUSÃO

O que se reputa mais importante, a fim de que se consolide a utilização do instituto da delação premiada diante de atos de improbidade administrativa praticados por organizações criminosas, é a persistência na sua utilização, pelo menos até que o Supremo Tribunal Federal defina a questão.

Nesse cenário, o Ministério Público assume papel de protagonismo, devendo lançar mão da delação premiada como meio de obtenção de prova (aliado a outros), externando a importância que isso representa para a coibição dos atos de improbidade, bem como para a responsabilização dos autores de tais condutas.

Essa constante provocação, pautada em relevantes fundamentos de fato e de direito, aproveitando o momento de evolução institucional e cultural que passa a sociedade brasileira, pode render bons frutos.

Ademais, se aceita a extensão da delação premiada aos atos de improbidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência tratariam de elaborar suas regras ou requisitos.

#### V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILHO, Marino Pazzaglini. Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. São Paulo, Atlas, 2000

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 6a ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5a ed., rev. e atual. Neterói, RJ: Impetus, 2013

OSÓRIO, Fábio Medina. Idem. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

#### Documentos eletrônicos consultados

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/30>>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>8</sup> CHERUBINI, Karina Gomes. *Idem*.

<sup>9</sup> MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ministério Público e improbidade administrativa. **Observatório da Imprensa**, 31 out 2005. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid200198c.htm>>. Acesso em: 11 set. 2007

<sup>10</sup> AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/30>>. Acesso em: 01 set. 2015.



CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10340>>. Acesso em: 8 set. 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ministério Público e probidade administrativa. **Observatório da Imprensa**, 31 out 2005. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid200198c.htm>> . Acesso em: 11 set. 2007

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Disponível em: <[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/DELACAO\\_PREMIADA\\_NAO\\_SERVE\\_PARA\\_FINS\\_DE\\_ADMISSIONABILIDADE\\_DE\\_ACAO\\_DE\\_IMPROBIDADE\\_ADMINISTRATIVA.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/DELACAO_PREMIADA_NAO_SERVE_PARA_FINS_DE_ADMISSIONABILIDADE_DE_ACAO_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf)> . Acesso em 01 set. 2015

# **O “CAR” E SUA AVERBAÇÃO IMOBILIÁRIA**

*ATHAIDE FRANCISCO PERES OLIVEIRA*

São obrigatórias a averbação do número do “CAR” e a respectiva imagem codificada, ambos lançados no recibo de entrega da declaração eletrônica, na respectiva matrícula do imóvel rural, a fim de ser conferida a publicidade erga omnes e a segurança no Trânsito Jurídico Imobiliário.

***O “CAR” e sua averbação imobiliária***

Autor: Athaide Francisco Peres Oliveira

Síntese: Cadastro Ambiental Rural – “CAR”. Artigo 18, parágrafo 4º, e artigo 29, ambos do novo Código Florestal [Lei Federal nº 12.651/12]. Conformação à era digital e adaptação da realidade fática. Declaração e lançamento obrigatório dos referenciais dos imóveis rurais, pelos interessados, no repositório eletrônico, integrante do Sistema Nacional de Informações Ambientais [SINIMA], via do apontamento das coordenadas geodésicas do bem imóvel rural. Latência do dever legal de averbação das alterações supervenientes, de pertinência imobiliária, por força do artigo 246 da Lei de Registros Públicos [Lei Federal nº 6.015/73]. Providência virtual, pelo diploma legal focado, que não dispensa a averbação do número autêntico gerado e respectiva imagem, para leitura codificada, no fólio registral imobiliário. Força-motriz das elementares da segurança do trânsito jurídico, da função socioambiental registraria e da especialização objetiva das matrículas cartorárias, à vista de que as mutações posteriores, de repercussão nos registros públicos, devem ser objeto da citada averbação, de qualidade *numerus apertus*. Preservação dos axiomas do ambiente, de feição constitucional e suas correlações de pertinência, ora indicadas.

**EXPOSIÇÃO/FUNDAMENTAÇÃO**

O Cadastro Ambiental Rural – “CAR” – erige-se como repositório eletrônico, de caráter administrativo, com fincas a estabelecer uma base de dados para o controle, o monitoramento e os planejamentos ambientais, sem obter permissão do combate ao desmatamento ilegal e a conservação do vestuto patrimônio florestal pátrio.

Já envolve, em tempo exíguo, um verdadeiro domínio virtual e atualizado, dos referenciais dos imóveis rurais nacionais, que passam integrar o “Sinima” – Sistema Nacional de Informações Ambientais - via do detalhamento minucioso, por coordenadas geodésicas, das perimetrais e/ou poligonais declaradas, com a indicação posicional das (i) áreas de reserva legal, das (ii) áreas de preservação permanente, das (iii) áreas de uso restrito, das (iv) áreas de ocupação consolidada e dos (v) remanescentes de mata nativa.

Pela leitura isolada do artigo 18, parágrafo 4º, do Código Florestal vigente, poder-se-ia conjecturar sobre a dispensa da averbação da reserva legal, no assento imobiliário, à

O “CAR”  
E SUA AVERBAÇÃO IMOBILIÁRIA

vista de que uma vez aperfeiçoado o cadastro virtual suso, estar-se-ia desobrigado dos referendos cartoriais. Tal ilação, preliminarmente, segue em direção contrária à legislação anterior superada, sobre a obrigatoriedade de tal averbação [artigo 16, parágrafo 8º, da Lei Federal nº 4.771/65].

Entretentes, em uma contextualização hercúlea e contemporânea aos tempos digitais, em prol dos interesses da segurança do trânsito jurídico, da função socioambiental registraria e do princípio da especialização objetiva das matrículas, mister enfatizar o dever incontestado de serem averbadas, quaisquer alterações posteriores de repercussão na caracterização do registro imobiliário, de nítida feição publicista, por força do artigo 246 da Lei Federal nº 6.015/73.

Nessa esteira, é crível que a numeração de série e respectiva imagem/código, geradas por ocasião do cadastro eletrônico, deverão comportar a publicidade irrestrita, no repositório imobiliário, exatamente, para conferir os efeitos *erga omnes* do adimplemento das exigências da ambientação, instrumentalizando os axiomas constitucionais atinentes ao ambiente [artigo 225 *et. seq.* da Constituição Federal e legislação em destaque].

Robustece-se, doravante, o cadastro de informações ambientais de jaez, *prima face*, exclusivamente administrativo, em um diálogo material das fontes de dados e informes das objetividades jurídicas ambientais e imobiliárias.

Diga-se, resumidamente, que há um lapso da normatização, em voga, ao se definir, no artigo 2º, parágrafo 2º, do Código Florestal vigente, que as obrigações previstas, na aludida norma, ostentam natureza real e são transmitidas aos sucessores, de qualquer natureza, a atingir quaisquer modificações do domínio ou da posse rurícolas.

Malgrado, inexistem reminiscências expressas à obrigatoriedade de mutação do registro [a reforçar a dinâmica anunciativa do direito real da “ambientação”], arrefecendo, de conseguinte, a própria continuidade indelével das informações registrais.

Deveras, pertinente à superação das omissões dos regramentos legais, por intermédio da instrumentalização da averbação dessas obrigações ambientais declinadas, efetivamente de índole real, segundo o *iter* das compilações acima detalhadas.

Por essas, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por intermédio do Provimento CGJ nº 36/2013 [Processo nº 2012/00024480], de autoria do Desembargador-Corregedor José Renato Nalini, aditou providências de alvitre, no Código

de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça, na capitulação atinente ao Registro de Imóveis, notadamente o item 11 e subitem 38, ao positivizar a seguinte determinação, a serem cumpridas pelos oficiais registradores: “*averbação do número de inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural – CAR.*” Tal diligência cartorária é acobertada pela gratuidade, segundo termos de cooperação técnica, firmado naquele estado-membro.

Sobre a temática dos efeitos universais da publicidade dos Registros Públicos, definidas por “substanciais”, com espeques nas doutrinas alienígenas, vale conferir as lições de Loureiro, vazada nos seguintes termos:

“Conforme observa Chico y Ortiz, os Registros podem ser administrativos ou jurídicos. O que diferencia as duas espécies de Registro não é sua disciplina por normas jurídicas (também os Registros administrativos, como os de veículos, gerenciados pelos Departamentos de Trânsito estaduais são regidos por lei). Conforme ensina o jurista espanhol, não cabe identificar o normativo com o jurídico. O Registro jurídico é uma instituição – o exame de livros e a caracterização como um ofício é apenas seu objeto. A finalidade do Registro é assegurar a plena segurança ao tráfico jurídico. Ainda, segundo Chico y Ortiz, a ideia do Registro leva consigo a de publicidade material ou substantiva, base e fundamento do registro. Com tal ideia, o jurista se refere à interferência necessária no regime jurídico civil, isto é, ao nascimento, modificação, exercício e eficácia do direito. Estes são os principais efeitos substanciais da publicidade: ninguém pode escapar a tais efeitos sob a desculpa de ignorar a existência do registro, já que a publicidade é um meio de cognoscibilidade, possibilitando a qualquer pessoa o efetivo conhecimento do ato ou situação jurídica/real com o mero exame da matrícula.” [Luis Guilherme Loureiro, Registros Públicos – Teoria e Prática, 5ª edição, página 25, Editora Método, São Paulo : 2014.]

Ao aviso geral, não se trata de “repristinar” as formas anacrônicas, vigentes outrora, de transposição integral dos elementos descritivos da ambientação, ladeada do arquivamento dos mapas cartográficos e documentos inerentes, sabido que tal gestão está cingida nos meandros declaratórios e simplificados do “CAR” e suas implicações decorrentes.

Nesse enleio, o que torna crucial é a sistematização da hermenêutica das searas de correlação, baseadas nas latitudes de publicização do “CAR” dos imóveis rurais, nas esteiras dos serviços de registro, permitindo, em tempo real, o detalhamento das declarações lançadas, em uma presunção *jure et jure* das ocorrências gravadas, administrativamente.

O “CAR”  
E SUA AVERBAÇÃO IMOBILIÁRIA

Em reforço de argumentos, pertinente se faz a elucidação dos efeitos proativos das averbações registrais, que não devem sofrer categorização hermética, eis que comportam a qualidade *numerus apertus*, nas lições do provectoro Ceneviva:

“A elas são aditadas as ocorrências que, por qualquer modo, modifiquem o registro. Mantém-se, portanto, o caráter acessório da averbação, que depende de matrícula e de registro, em sentido estrito, lançado no cartório imobiliário. A acessoriedade não lhe reduz, todavia, a importância. Tem significado de autenticidade, segurança e eficácia como o próprio registro principal ao qual diz respeito. Repercute no sistema jurídico, especialmente quanto à publicidade, que é um dos fins essenciais do assento imobiliário, cabendo ao oficial, para a averbação, as mesmas cautelas que observa no registro em geral.” [Walter Ceneviva, Lei de Registros Públicos Comentada, 16ª edição, página 522, Editora Saraiva, São Paulo : 2005.]

Sincreticamente, imprescindível que as matrículas dos imóveis rurais sejam contemporizadas com as averbações da identidade numérica do “CAR” e respectiva imagem-código, ambas hauridas do próprio recibo de entrega da declaração eletrônica, otimizando os escopos da função registradora imobiliária, conformando atualidade ao fólio real, via de nota remissiva – em que são grafadas as especializações administrativas e restritivas, incidentes sobre o bem imóvel matriculado.

## CONCLUSÃO OBJETIVA

Resumidamente, destaca-se o teor cosmopolita e pragmático da conformação à era digital, ao se permitir à interface, em tempo presencial, das informações do “CAR”, seja pela utilização do número outorgado ou pela imagem codificada, que deverão ser averbados, igualmente, na matrícula do imóvel rural, atestando-se a máxima segurança no tráfico jurídico e na promoção das obrigações ambientais, já taxadas na categoria dos direitos reais.

## SUGESTÃO DE ENUNCIADO

São obrigatórias a averbação do número do “CAR” e a respectiva imagem codificada, ambos lançados no recibo de entrega da declaração eletrônica, na respectiva matrícula do imóvel rural, a fim de ser conferida a publicidade *erga omnes* e a segurança no trânsito jurídico imobiliário.

***A CORRUPÇÃO  
NO PODER LEGISLATIVO  
- UM ATENTADO À DEMOCRACIA E  
AOS DIREITOS HUMANOS***

*BIANCA STELLA AZEVEDO BARROSO*

Partindo da análise interdisciplinar das Ciências Jurídica e Política, o presente trabalho tem por objetivo analisar a prática da corrupção no Brasil, em especial entre os Poderes Legislativo e Executivo, e seus efeitos deletérios sobre o Estado Democrático de Direito e contra os Direitos Humanos.

**A CORRUPÇÃO NO PODER LEGISLATIVO  
- UM ATENTADO À DEMOCRACIA E AOS DIREITOS HUMANOS-**

BIANCA STELLA AZEVEDO BARROSO

PROMOTORA DE JUSTIÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO

Resumo: Partindo da análise interdisciplinar das ciências jurídica e política, o presente trabalho tem por objetivo analisar a prática da corrupção no Brasil, em especial entre os poderes Legislativo e Executivo, e seus efeitos deletérios sobre o Estado Democrático de Direito e contra os Direitos Humanos. Observa-se a construção histórica da democracia para justificar a necessidade da limitação de poderes, que se concretiza através da garantia da separação de poderes com base na doutrina clássica de Montesquieu. Nos termos da Constituição Federal, os Poderes da União: Legislativo, Executivo e o Judiciário, são independentes e harmônicos entre si. No entanto, a partir do momento em que um Poder se submete a outro em razão das práticas de corrupção, passa a existir uma superposição de um Poder sobre o outro. O estudo demonstra que o Poder Executivo passa a preponderar sobre o Poder Legislativo. Neste contexto, há verdadeira violação aos princípios democráticos, como a quebra da soberania estatal exercida pelo povo, a inobservância da separação e independência entre os poderes, e o distanciamento do interesse público que justifica a própria existência do Estado como elemento destinado a garantir o bem-estar social e os Direitos Humanos.

Palavras-chaves: DIREITO CONSTITUCIONAL. CIÊNCIA POLÍTICA. DEMOCRACIA. DIREITOS HUMANOS. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO. CORRUPÇÃO NO PODER LEGISLATIVO. SUPERPOSIÇÃO DE PODER.

Abstract: Starting from the interdisciplinary analysis of the legal and political sciences, the present study aims to analyze the corruption practice in Brazil, in especial between the Legislative and Executive Authorities and their harmful effects on the democratic constitutional state and the violation of human rights. We note the historical construction of democracy to justify the need of limitation of powers, which embodies itself through the assurance of division of powers based on Montesquieu classic doctrine. In accordance with Federal Constitution, the powers of the Union: the Legislative, the Executive and the Judiciary are independent and harmonic among themselves. Nevertheless, from the starting moment in which a power submits itself to another for the reason of corruptive practices, it starts to happen a superposition of a power over another. The study shows that the Executive Power starts to prevail over the Legislative Power. In this context, it happens real breaks of democratic principles, such as the breakdown of state sovereignty exercised by the people, the disregard of separation and the independence among the powers, and the detachment from public interest, which justifies the very existence of State as element destined to ensure the welfare and the human rights.

Keywords: Democracy. Human rights. Separations of the Powers. Coalition Presidentialism. Corruption in Legislative Power. Superposition of Power.

## **I- INTRODUÇÃO**

O presente trabalho parte de uma análise interdisciplinar, entre as ciências jurídica e política, de como a prática da corrupção no Brasil, especificamente nos Poderes Legislativo e Executivo da União,



constitui um atentado ao Estado Democrático de Direito e, em última análise, aos Direitos Humanos em sua essência.

O histórico da Democracia Moderna no ocidente demonstra que esta forma de organização de governo, onde o povo exerce a soberania popular, foi erigida em meio à crise da legitimidade da monarquia, porquanto, a concentração de poderes de forma cerrada e absoluta em um governante gerou excessos e desmandos, abrindo espaço ao descontentamento popular que deu origem aos movimentos iluministas do séc. XVIII, cujos ideais constituem a base principiológica das Constituições e da formação do Estado Democrático de vários países do eixo Europa-América.

O estudo revela que a crise da legitimidade da monarquia forçou o reconhecimento da necessidade de limitação de poderes, com a finalidade de contenção de abusos, ponto de partida da doutrina da separação de poderes, cuja sistematização é atribuída ao filósofo pré-iluminista Montesquieu, na clássica obra “Do Espírito das Leis”.

Em seguimento, constata-se que a separação de poderes constitui a pedra de toque dos regimes democráticos e dos Direitos Humanos, como bem posto na declaração dos direitos do homem e do cidadão-1789, ao considerar que a sociedade em que não restar assegurada a garantia de direitos nem prevista a separação de poderes não tem constituição.<sup>1</sup>

No entanto, a separação de poderes, ou repartição de funções estatais como preferem alguns, apenas existe validamente se houver independência e harmonia entre eles, pois o sistema organizacional tende a ruir se os membros se envolvem em atos de corrupção que acabam por confundir as funções e submeter um poder ao outro em razão de negociações e trocas espúrias com prejuízo aos cofres públicos.

Neste contexto, com a violação do dogma constitucional da separação dos poderes, pela prática de corrupção, o Estado Democrático de Direito passa a funcionar para outros fins que não o interesse público que o justifica e o legitima, gerando uma democracia de aparência e a ausência de garantia dos direitos individuais, com evidentes reflexos nos Direitos Humanos.

## **II – DEMOCRACIA COMO DIREITOS HUMANOS**

Os estudos acerca da Democracia apontam que a construção histórica deste modelo de governo remonta à Grécia Antiga, notadamente em Atenas, quando o povo se reunia na “Ágora”, praça pública onde se exercia o poder político de forma direta e se deliberava as questões de Estado com plena soberania sobre as matérias de ordem legislativa, executiva e judicial.<sup>2</sup>

Nas bases da democracia grega, apenas se reconhecia o governo democrático se o Estado garantisse a todos os cidadãos a *isonomia*, a *isotimia* e a *isagoria*, caracterizadas, respectivamente, pela igualdade de todos perante a lei; pela abolição de títulos ou funções hereditárias; e pela franquia ao direito de palavra, de falar e debater publicamente os negócios de governo.

---

<sup>1</sup> Declaração dos direitos do homem e do cidadão-1789, art. 6º, disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br), consultado em 18.05.2015

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2010, pág 288.

O filósofo grego Aristóteles (384-382 ac)<sup>3</sup>, considerou como acertada três formas de governos, quais sejam a monarquia, a aristocracia e a democracia, destacando que a última, desde que formada por apenas bons homens, seria preferível à monarquia “*para qualquer comunidade política*”.<sup>4</sup>

Na Europa clássica, a construção do modelo de Estado Democrático moderno se percebe a partir da reação burguesa ao absolutismo monárquico, em meados do século XVI, porquanto a concentração de poderes em um regente acabou por gerar excessiva desigualdade entre os indivíduos - que perderam sua liberdade -, dando azo ao desvio de poder, concedendo privilégios injustificados à Corte, quando a burguesia, já endinheirada em razão da evolução dos meios de produção, passou a questionar o comando do Estado voltado ao interesse privado de poucos.

Neste contexto, como reconhecimento formal consagrador dos princípios democráticos, na França em 1789, foi publicada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que cravava os seus princípios na política francesa ao considerar a lei como expressão da vontade geral, devendo ser igual para todos, e reconhecendo a todos os cidadãos o direito de concorrer, pessoalmente ou através de representantes, para a sua formação.<sup>5</sup>

Nesta linha evolutiva, em especial na Europa do século XIX, quando a democracia foi considerada como um ideal, uma aspiração revolucionária, no século XX se tornou um *slogan*, pois o mundo ocidental passou a acreditar na democracia como um modelo ideal de governo.<sup>6</sup>

O reconhecimento da democracia como integrante dos Direitos Fundamentais considera sua ligação com a finalidade do próprio Estado, pois parte do pressuposto de que a forma de organização estatal está relacionada à regulação da vida das pessoas, inclusive suas relações com a natureza, a sua própria existência apenas se justifica para atingir o bem estar social e a felicidade das pessoas.

Neste contexto de reconhecimento de direitos e prerrogativas inerentes ao ser humano como ser social, a garantia da participação efetiva do cidadão nos negócios do Estado, inclusive na formulação das leis que será aplicada em suas comunidades, se insere como pilar da democracia.

Assim é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1945, dispõe textualmente que “toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos” e que a “vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos”.<sup>7</sup>

3 <http://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/biografia.html>, consultado em 13.05.2015

4 ALMEIDA FILHO, Agassiz; SOUSA, Fábio Henrique Rodrigues. A Política em Aristóteles: Influxos na modernidade. ALMEIDA FILHO, Agassiz BARROS, Vinicius Soares de Campos Barros (organizadores). Novo Manual de Ciência Política. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, pág.45

5 Declaração dos direitos do homem e do cidadão-1789, art. 6º, disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br). Consultado em 18.05.2015

6 SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a democracia. Introdução: para ampliar o cânone democrático. Civilização brasileira. Rio de Janeiro. 2002. Pág. 39. Disponível em <http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/boaventura/democratizardemocracia.pdf>. Consultado em 18.05.2015

7 Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.21- Disponível em

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>8</sup>, ao tratar dos direitos fundamentais em espécie, traz a democracia como instrumento garantidor dos direitos individuais, ressaltando a necessidade de relegitimação do governo democrático sempre, o que se faz pela análise do seu conteúdo estar associado aos princípios fundamentais, com destaque para a separação dos poderes, a dignidade do ser humano, a soberania, a cidadania e o pluralismo político.

A participação do homem efetivamente nas decisões políticas do Estado, seu reconhecimento como sujeito de direitos, a garantia de sua voz, de sua igualdade e do acesso franqueado aos cargos e funções públicas que faz com que ele não seja mero objeto do comando estatal, pois, em última análise, o poder do povo para o povo, apenas se concretiza com a observância dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

De outro modo, Paulo Bonavides considera a democracia como direito fundamental de 4ª geração, ou dimensão, e chega a afirmar que os direitos individuais, sociais, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e a fraternidade, formam uma pirâmide cujo “ápice é o direito à democracia”.<sup>10</sup>

### **III – A DEMOCRACIA E A SEPARAÇÃO DE PODERES**

Como foi visto na breve historicidade acerca da construção da democracia moderna no ocidente, os seus princípios basilares foram construídos na Europa nos séculos XVII e XVIII, notadamente pelos filósofos iluministas que antecederam à revolução francesa, e acabaram por influenciar os direitos consagrados na Declaração do Homem e do Cidadão, na França em 1789.

O pensamento político de John Locke, filósofo inglês do século XVII, parte de uma concepção antiabsolutista de poder, visualizando o enfraquecimento da soberania do monarca, para suscitar que o poder deve ser exercido por pessoas distintas, considerando que os poderes legislativo e executivo derivariam dos poderes naturais pertencentes ao homem.<sup>11</sup>

Montesquieu, na clássica obra *Do Espírito das Leis*, ao tratar da democracia e da aristocracia, considerou que estes não se tratam de governos livres, pois que só nos Estados moderados se encontra a liberdade política e desde que não exista o abuso de poder, assegurando que a “*experiência eterna*” mostra que “*todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele*”<sup>12</sup>, e desta forma seguirá até encontrar limites.

Imbuído pelo ideal de liberdade e igualdade de todos perante a lei, em contexto histórico

---

<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Consultado em 18.05.2015.

8 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, 2014, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais- pág. 662

9 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 661

10 BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2010, pág. 288

11 ALBUQUERQUE, Armando. Locke: Dos Fins da Sociedade Civil. In ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos Barros (organizadores). Novo Manual de Ciência Política. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pág.45

12 MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Texto Integral. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pág. 164

desfavorável, pois no apogeu da monarquia, a obra de Montesquieu é reconhecida como a que traz a sistematização da separação de poderes, teorizando que “*tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos*”.<sup>13</sup>

Ao tratar da natureza dos três diferentes governos – *republicano, monárquico e despótico* –, Montesquieu considerou que no sistema republicano o povo exerce o poder soberano, constituindo uma democracia, estando esta em contraposição à Monarquia, especialmente em razão da concentração dos poderes no monarca e a ausência de submissão do governante às leis que regem a nação.<sup>14</sup>

Assim, a democracia como governo em que o poder está com o povo e a liberdade está assegurada pelas leis, em especial pelo princípio da igualdade, a limitação de poderes serve como barreira para o desvirtuamento do governante, pelo que se pode concluir, como sintetizou Dirley da Cunha Júnior, que “*a ideia fundamental da doutrina da separação dos poderes é a contenção do Poder*”.<sup>15</sup>

#### **IV – O PODER LEGISLATIVO E SUAS FUNÇÕES**

O Estado Democrático está estampado no preâmbulo da Constituição Federal brasileira, cujo teor normativo encontra-se previsto no parágrafo único do art. 1º ao estabelecer que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Inserido neste contexto democrático, o art. 2º da Constituição Federal organiza o Estado Federado em funções-poderes separadas, onde consta textualmente que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, sendo tal formatação erigida à condição de cláusula pétrea, pelo que não pode retirada do ordenamento jurídico por emenda constitucional.

Tais disposições estão em consonância com as conquistas de matiz constitucional obtidas pelo Estado Moderno em razão das lutas sociais travadas no século XVIII, que acabaram por impulsionar o reconhecimento dos direitos sociais e políticos, cujos ideais foram corporificados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão-1789, merecendo destaque o art. 16: “*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.<sup>16</sup>

Assim, dentro da organização do Estado brasileiro, na divisão das competências e funções de governo, cabe ao Poder Legislativo, como atividade típica, a realização do processo legislativo, dispondo sobre matérias de seu âmbito de atuação através de atos normativos; tendo por atividade atípica a função fiscalizatória prevista no art. 70 da Constituição Federal/88.

---

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág. 155

14 MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Texto Integral. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pág. 23

15 CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2013, pág. 523

16 Art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Consultado em 18.05.2015

Importa destacar que o poder-dever de fiscalizar do Poder Legislativo se relaciona com a estrutura do Estado Democrático, porquanto se trata de um mecanismo de controle da administração pública, podendo ser eficaz na repressão de atos de corrupção e abuso de poder, trazendo equilíbrio na coexistência dos Poderes, cujo modelo foi inspirado na técnica do *check and balances* – dos pesos e contrapesos, inicialmente desenvolvida na Inglaterra no século XVIII.<sup>17</sup>

#### **V. A CORRUPÇÃO NO PODER LEGISLATIVO E A SUPERPOSIÇÃO ENTRE OS PODERES**

Vale rememorar que o Estado democrático brasileiro, em síntese estreita, está formado pelo sistema de representação popular, sendo o Poder Legislativo exercido pelo Congresso Nacional, bicameral, constituído pela Câmara dos Deputados, cujos membros são os representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional; e pelo Senado Federal, que representa os estados federados, e seus membros são eleitos pelo povo pelo sistema majoritário.

Ocorre que os membros do Congresso Nacional, eleitos e diplomados para representarem o povo e os estados federados, cuja função pública é bem remunerada para exercer os poderes mais sublimes da república, não podem se desviar da finalidade essencial de seu múnus: o interesse público e, em última análise, o funcionamento do aparelho estatal para o bem comum.

A atuação política como móvel dos atos e condutas dos membros do Congresso Nacional, notadamente com sua relação com o Poder Executivo, possui uma linha tênue que divide o interesse público e o interesse particular de seus membros, tudo sob o manto protetor da legitimidade do mandato popular.

Por outro lado, a utilização brasileira do postulado do pluripartidarismo tem gerado uma excessiva fragmentação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional gerando uma espécie de profusão de interesses e ideologias que, por si só, gera uma dificuldade gerencial do Poder Executivo em levar adiante seus planos de governo.

Neste contexto, surge o denominado “presidencialismo de coalizão”<sup>18</sup> como instrumento lícito pelo qual se busca a boa governança, partindo do pressuposto de que, em que pese a existência de um Congresso Nacional heterogêneo, é preciso haver um agrupamento de forças convergentes a fim de levar concretizar as políticas públicas inseridas no projeto político encampado pelo Poder Executivo.

Todavia, por trás das coalizões existem conchavos políticos espúrios.

O cientista político Marcus André Melo aponta o presidencialismo de coalizão como o “suspeito usual” do mal estar da democracia brasileira, porquanto esta forma de governabilidade estaria atrelada

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2010, pág. 150

<sup>18</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, in Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. Vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

a um jogo corrupto voltado à formação de alianças que garante a hegemonia do executivo.<sup>19</sup>

Assim é que, analisando as edições da Pesquisa Legislativa Brasileira – PLB, até 2009, os cientistas políticos Timothy J. Power e Cesar Zucco Jr., afirmaram que os próprios legisladores apontam como aspecto negativo da política coalizacional o clientelismo e a corrupção, conquanto acreditem proporcionar governabilidade.<sup>20</sup>

Com efeito, o sistema parlamentar brasileiro tem apresentado à sociedade várias versões da prática de corrupção nos bastidores da política. São formas de desviar recursos públicos, vender apoio político, trocar favores, negociar cargos e empregos públicos sem sombra de mérito curricular, cujas condutas são movidas pelos interesses particulares de seus membros e em seus exclusivos benefícios.

Em interessante estudo acerca da corrupção e democracia no Brasil<sup>21</sup>, Timothy J. Power e Mathew M. Taylor apresentam um quadro dos maiores casos de corrupção da nossa história, entre 1988-2008, rememorando 10 acontecimentos em que políticos de envergadura nacional estavam no comando de engenhosidades para retirar dinheiro dos cofres públicos em proveito particular, dentre eles o que chamou de “*Collorgate*”, referindo-se a atuação do então Presidente Fernando Collor e seu “homem forte” Paulo César Farias que envolveu um esquema de suborno que totalizaram milhões de dólares, cujo desfecho foi o impeachment do Presidente em 1992.

No estudo referido também foi incluído o “Mensalão”, quando no primeiro mandato do Presidente Lula, o seu governo foi acusado de fornecer a membros do Congresso Nacional pagamentos mensais como troca de apoio legislativo - “*legislative support*”, também incluindo suborno com fins eleitorais e pessoais envolvendo cerca de 13 membros.<sup>22</sup>

Neste contexto, o que se percebe com certa facilidade é que alguns membros do Congresso Nacional passam a utilizar seus mandatos para obter lucros indevidos, favores eleitorais, se submetendo a negociatas a fim de enriquecer ilícitamente à custa dos cofres públicos em troca de apoio parlamentar ao Poder Executivo, que, por sua vez, passa a dominar a agenda legislativa e levar a cabo seus projetos sem passar por qualquer crivo válido ou juízo de valoração do Poder Legislativo.

Dessa forma, com a base parlamentar previamente ajustada por negociatas, o Poder Executivo passa a exercer seu poder de execução de projetos e implementação de sua agenda, e de suas prioridades – lícitas ou não, bem como de gestão financeira e orçamentária, livre do poder de fiscalização e de análise crítica do Congresso Nacional.

---

19 MELO, Marcus André. Anatomia do descontentamento. Disponível em: <http://qualidadedemocracia.com.br/2014/08/15/anatomia-do-descontentamento>. Consultado em 30.04.2015

20 POWER, Timothy J.; ZUCCO Jr, Cesar. O Congresso por ele mesmo – autopercepções da classe política brasileira. Belo Horizonte-MG: Editora UFMG, 2011, pág. 31

21 POWER, Timothy J.; e TAYLOR, Matthew M. In *Corruption and Democracy In Brazil – The Struggle for Accountability – University of Notre Dame Press Notre Dame*, Indiana – disponível em <http://www3.nd.edu/~undpress/excerpts/P01452-ex.pdf>

22 Ibidem

Não há a fiscalização, avaliação, equilíbrio, contrapoder, nem *check and balances*, pois o Poder Executivo, responsável pela arrecadação dos tributos, gerenciamento e execução dos recursos públicos, acaba por dominar parte dos membros do parlamento em número suficiente para garantir a aprovação de várias de suas medidas, se tornando um superpoder.

Retornando ao filósofo precursor dos ideais iluministas, Montesquieu, ao tratar da corrupção dos princípios da democracia Montesquieu fez constar “ *que ninguém se admire se os sufrágios forem comprados pelo dinheiro. Não se pode dar muito ao povo sem que dele se tire mais ainda; porém, se tirar dele, é necessário derrubar o Estado*”<sup>23</sup>

Destaca o citado autor, tratando sobre o princípio da democracia, que neste “Estado Popular”, além do povo é necessária uma força a mais: a virtude. Pois, defende que para a manutenção de um governo Monárquico ou Despótico não é necessário muita probidade, pois o Monarca se julga acima das leis; enquanto que no governo popular aquele que manda executar as leis também está submetido às mesmas normas e ocorrendo a não execução das leis o Estado já estará perdido, sendo consequência da corrupção da própria república.<sup>24</sup>

A Constituição Federal/88 estabelece que o Brasil é uma República Federativa e se constitui em um Estado Democrático de Direito, onde todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos; cuja organização estatal está calcada no primado da separação de funções, legislativa, executiva e judiciária de forma harmônica e independente, não podendo ser objeto de alteração constitucional.<sup>25</sup>

Os princípios democráticos consideram pelo menos três ideias fundamentais: 1) a soberania estatal é exercida pelo povo, diretamente ou por representantes; 2) a garantia da liberdade se viabiliza pela limitação de poder, que se concretiza pela separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si; e 3) a finalidade do Estado, como sociedade civil organizada, apenas se justifica pelo bem estar comum, indissociável dos Direitos Humanos.

Quando o povo participa da formação do governo, escolhendo nominalmente ou proporcionalmente seus representantes para tomar assento nos cargos públicos eletivos, assim o faz, em tese, com boa fé e confiança na probidade dos escolhidos, e para que estes sejam empossados e recebam salários do Estado a fim de prestar relevantes serviços à Nação vinculados à finalidade pública e a preservação do interesse social.

Destarte, o exercício do mandato eletivo não autoriza o parlamentar ou o representante do executivo a, em nome do povo, formar suas bases políticas com manobras clientelistas e recebimento de

---

23 MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Texto Integral. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pág. 125

24 MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Texto Integral. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, pág. 35

25 Constituição da República Federativa do Brasil/1988-Art. 1º, parágrafo único, art. 2º e art. 60, § 4º, III

propinas a fim de, unicamente, enriquecer fabulosamente à custa dos cofres públicos.

Neste toar, o agente político trai a própria fonte de poder, que está concentrada na vontade do povo.

Por sua vez, os atos de corrupção praticados pelos parlamentares, membros do Congresso Nacional, em suas relações funcionais com o Poder Executivo, além de criar uma confusão entre os poderes, quebra a separação de poderes em sua essência, pois permite a concentração de poderes em um só, passando o executivo a dominar o legislativo em razão de pagamento de suborno e vantagens ilícitas.

Não há equilíbrio, controle, e limitação de poder. Há concentração de poderes, com a superposição de apenas um Poder de Estado.

Por fim, as garantias que orbitam a dignidade da pessoa estão garantidas pelo Estado Democrático de Direito, eis que este preconiza a igualdade perante a lei, a limitação de poderes – inclusive do legislativo e os direitos políticos, de modo que os atos de corrupção impõe a desigualdade, a fruição de privilégios não previstos legalmente, o abuso de poder, o desvio de recursos públicos que torna o Estado pobre e enfraquecido, cujo impacto direto e sentido na população é a ausência de serviços essenciais do governo.

Não há o retorno esperado do investimento que a sociedade realiza no Estado. A ausência de garantias aos direitos individuais viola frontalmente os Direitos Humanos.

## **VI. CONCLUSÃO**

A corrupção entre os Poderes Legislativo e Executivo causa a ruptura do princípio da separação dos poderes, com reflexo direto na democracia, tanto em sua acepção como regime político pautado na máxima “poder do povo para o povo”, como na compreensão do direito à democracia como verdadeiro direito humano.

No contexto atual nebuloso de democracia em xeque, convém a reforma política e o controle social nas urnas, sendo imprescindível a conscientização política, para que o cidadão possa valorar as opções políticas que lhes são postas e participe ativamente do controle e funcionamento do governo; restando às instituições detentoras de poder constituído para o enfrentamento da corrupção, atuar preventivamente, fiscalizar e cobrar a punibilidade.

Por fim, considerando que o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle de constitucionalidade de normas em razão de vício no processo legislativo<sup>26</sup>, cabe ao Ministério Público, como instituição investida de atribuições para defesa da ordem jurídica e do regime democrático, ser instrumento de repulsa dos atos normativos produzidos em sede de procedimento contaminado por conduta de parlamentares, e

---

26 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 4889; Origem: DISTRITO FEDERAL; Entrada no STF:11/12/2012; Relator: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA; Requerente: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL; Requerido: CONGRESSO NACIONAL. Pendente de julgamento.



demais agentes políticos, por violação aos artigos, 1º, 2º e 5º, *caput*, da Constituição Federal.

**Bibliografia:**

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro. *In* Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. Vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz; e SOUSA, Fábio Henrique Rodrigues. A Política em Aristóteles: Influxos na modernidade.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz BARROS, Vinícius Soares de Campos (organizadores). *In* Novo Manual de Ciência Política. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- ALBUQUERQUE, Armando. Locke: Dos Fins da Sociedade Civil. *In* ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos Barros (organizadores). *In* Novo Manual de Ciência Política. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2013.
- MELO, Marcus André, in Anatomia do descontentamento. Disponível em <http://qualidadedademocracia.com.br/2014/08/15/anatomia-do-descontentamento>. Consultado em 30.04.2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Texto Integral. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- POWER, Timothy J.; e ZUCCO Jr, Cesar. O Congresso por ele mesmo – autopercepções da classe política brasileira. Belo Horizonte-MG: Editora UFMG, 2011.
- POWER, Timothy J.; e TAYLOR, Matthew M. *In* Corruption and Democracy In Brazil – The Struggle for Accountability – University of Notre Dame Press Notre Dame, Indiana – disponível em <http://www3.nd.edu/~undpress/excerpts/P01452-ex.pdf>, consultado em 18.05.2015.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a democracia. Introdução: para ampliar o cânone democrático. Civilização brasileira. Rio de Janeiro. 2002. Disponível em <http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/boaventura/democratizardemocracia.pdf>. Consultado em 18.05.2015
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

### **III - ÁREAS DA POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

***LIBERDADE E AUTONOMIA PESSOAL***  
***X***  
***DEVER DE RESIDIR NA COMARCA***

*AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE*

Análise da Res. CNMP 118/2014 e sua finalidade de estimular as práticas autocompositivas como foco importante para auxiliar o Ministério Público a resolver questões que envolvam litígios e situações do seu âmbito de atuação, havendo necessidade de uma reflexão institucional a respeito.

## LIBERDADE E AUTONOMIA PESSOAL X DEVER DE RESIDIR NA COMARCA

Augusto César Leite de Resende\*

### 1 Introdução

O Conselho Nacional do Ministério Público aprovou o Relatório Conclusivo de Inspeção realizado em Sergipe, determinando a instauração de procedimento de controle administrativo, na forma dos artigos 123 a 128 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de que se possa apurar a efetividade do controle de residência fora da comarca no âmbito do Ministério Público do Estado do Sergipe, tendo sido instaurada, por esse motivo, o Processo N.º 000334/2015-78.

Consta do Relatório Conclusivo de Inspeção que “os Promotores de Justiça do interior residem na Comarca, mas passam os finais de semana em Aracaju”, o que, em tese, vai de encontro ao disposto no art. 1º, *caput*, da Resolução N.º 26 do Conselho Nacional do Ministério Público. Nesse contexto, têm os Promotores de Justiça de Sergipe e dos demais estados da federação a obrigação de residir em suas respectivas comarcas nos finais de semana?

### 2 Exposição

A modernidade, que Anthony Giddens conceitua como “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”<sup>1</sup>, substituiu as sociedades tradicionais pela sociedade moderna, da qual o capitalismo e a industrialização são duas de suas dimensões, bem como condicionou a cultura ocidental a pensar numa lógica linear-cartesiana<sup>2</sup>.

O pensamento reducionista-cartesiano se caracteriza pelo fato de tentar compreender o objeto do pensamento a partir de suas partes, isto é, divide-se o objeto sob análise em partes e os examina e os compreende separadamente, buscando-se compreender o todo (o objeto) a partir de suas partes<sup>3</sup>. Tal modelo de pensamento torna as pessoas incapazes de compreender a complexidade da vida, de perceber e entender as relações e interações entre os fenômenos do universo e de enxergar além do contexto imediato de tempo e espaço<sup>4</sup>.

Deve-se superar a ideia mecanicista-cartesiano de que a compreensão do comportamento do todo deveria partir das propriedades de suas partes, a partir de uma visão complexa em que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo e que somente podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo<sup>5</sup>.

\* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Professor de Direito Constitucional da FANESE. Promotor de Justiça em Sergipe.

<sup>1</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 11.

<sup>2</sup> MARIOTTI, Humberto. **Pensamento complexo: suas aplicações à liderança, à aprendizagem e ao desenvolvimento sustentável**. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2010, p. 03.

<sup>3</sup> MARIOTTI, Humberto. **Pensamento complexo: suas aplicações à liderança, à aprendizagem e ao desenvolvimento sustentável...** *Op. Cit.*, p. 03.

<sup>4</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed.. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 12.

<sup>5</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix,

Segundo Edgar Morin, “a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico”<sup>6</sup>, de modo que o conhecimento é aberto e sofre, por isso, influência do meio, no sentido de que o objeto do conhecimento deve ser observado e compreendido indissociavelmente de seu contexto<sup>7</sup>.

A complexidade não permite pensar unicamente de forma particularizada. O pensamento complexo exige a articulação e compreensão entre os diversos campos do saber científico, que foram desmembradas e apreendidas isoladamente pelo pensamento reducionista-cartesiano<sup>8</sup>. Enfim, o pensamento complexo é multidimensional, interdisciplinar e contextualizado.

O pensamento complexo exige que o objeto de estudo, de observação seja contextualizado com o ambiente, com as relações e interações entre as partes e entre as partes e o todo e com as interligações entre sistemas<sup>9</sup>. Em suma, o pensamento cartesiano separa e reduz; o complexo distingue e conjuga as partes, como um todo só, cujo objeto de estudo é distinguindo de seu contexto, mas não isolado ou excluído, uma vez que o cientista o estuda e o compreende a partir das inter-relações e interações entre o objeto e o seu contexto, o seu meio<sup>10</sup>.

Ademais, a intersubjetividade é pressuposto epistemológico do pensamento complexo porque é impossível descrever objetivamente o mundo, ou seja, o objeto de estudo<sup>11</sup>. As coisas são vistas e interpretadas por meio da linguagem, motivo pelo qual a linguagem é, portanto, constitutiva da realidade<sup>12</sup>. Vale dizer: a realidade e o mundo são construídos por meio da linguagem<sup>13</sup>.

Quem interpreta a linguagem (o texto) é o observador, razão pela qual não se pode eliminar o observador, isto é, o jurista ou o aplicador do direito. O observador, por sua vez, é parte da sociedade e, por isso, influenciado pelos valores culturais, morais, econômicos e ambientais que permeiam a sociedade. Nesse diapasão, o ambiente determina o que percebemos porque os sistemas, inclusive o jurídico, se relacionam com o meio, com o ambiente, influenciando-se mutuamente.

Assim, o pensamento jurídico deve ser complexo e, portanto, preocupar-se com os efeitos que produz na vida humana e na natureza<sup>14</sup>. O direito não é somente a norma posta, é também um sistema aberto que não se pode compreender dissociado de seu contexto histórico, social e ambiental, razão pela qual deve ser estudado de forma complexa e interdisciplinar.

A propósito:

---

2006, p. 40-41.

<sup>6</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo...** *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>8</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo...** *Op. Cit.*, p. 07.

<sup>9</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. In: **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 6. ed. Campinas-SP: Papirus, 2007, p. 111-112.

<sup>10</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. In: **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência...** *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>11</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. In: **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência...** *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>12</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014, p. 06.

<sup>13</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. In: **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência...** *Op. Cit.*, p. 136-137.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Direito, holismo e complexidade. In: José Alcebiades de Oliveira Junior, Robson Tramontina, André Leonardo Copetti Santos. (Org.). **Filosofia do Direito I**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 412-431, p. 414.

No âmbito do pensamento complexo, epistemologicamente, entende-se que, muito embora exista o Direito como um código normativo – o direito positivado –, essa não é a única dimensão do Direito, que é um ente social altamente complexo, no qual se encontram as dimensões social, política, econômica, cultural e ambiental – todas dentro de contextos espaciais e temporais, ou seja, histórica e geograficamente situadas. Daí que a pesquisa do Direito, se se quer científica, também deve ser complexa, de modo a abarcar a complexidade intrínseca do seu objeto de estudo.<sup>15</sup>

A compreensão do sistema jurídico depende da compreensão do ambiente, uma vez que as normas jurídicas, que estão dentro do sistema jurídico, têm o seu conteúdo dependente de interações com o meio<sup>16</sup>. Assim, “o significado de determinadas normas jurídicas pode depender, em maior ou menor medida, de elementos que pertencem ao ambiente do sistema jurídico [...] em casos como esse, a compreensão do sistema depende da compreensão do meio – inclusive, eventualmente, de compreensão cientificamente especializada não jurídica”<sup>17</sup>.

O pensamento jurídico é, repita-se, complexo, na medida em que o significado da norma jurídica emerge, portanto, das interações no interior do sistema jurídico-normativo e entre o sistema jurídico, o ambiente e os demais sistemas sociais, sendo insuficiente a compreensão dos textos normativos unicamente através da análise científica do ordenamento jurídico<sup>18</sup>.

Portanto, a interpretação das normas jurídicas, sejam princípios ou regras, é uma atividade complexa porque não depende apenas do texto, mas do seu contexto com outras normas, com as realidades históricas, sociais, econômicas e políticas, de modo que esses fatos não podem ser compreendidos isoladamente<sup>19</sup>.

O texto normativo não se confunde com a norma. O texto é a literalidade abstrata de um dispositivo convencional, constitucional ou legal, ao passo que a norma é o sentido construído a partir da interpretação de um dispositivo normativo, daí porque os textos são o objeto da hermenêutica e as normas o seu resultado<sup>20</sup>. A atividade hermenêutica não se caracteriza como um ato de revelação do significado previamente dado ao texto, mas um ato de construção de sentidos de um dispositivo normativo.

Ademais, “a hermenêutica jurídica moderna, pautada no referencial filosófico do giro linguístico, não acredita num sentido próprio a ser extraído pelo intérprete do texto, mas num sentido construído, de acordo com os referenciais e com o contexto que ele vivencia”<sup>21</sup> porque o direito se revela pela linguagem, no caso escrita.

Assim, os enunciados normativos relativos à residência dos membros do Ministério Público de Sergipe devem ser compreendidos, interpretados e aplicados à luz do contexto de cada estado da federação brasileira.

O art. 129, § 2º, da Constituição Federal dispõe que as funções do Ministério Público só podem ser

<sup>15</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Direito, holismo e complexidade... *Op. Cit.*, p. 414.

<sup>16</sup> FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito.** Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 22.04.2015.

<sup>17</sup> FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito.** Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 22.04.2015.

<sup>18</sup> FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito.** Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 22.04.2015.

<sup>19</sup> FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). **Direito Tributário**. Florianópolis: CONPEDI, p. 194-215, 2014, p. 206-207.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

<sup>21</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014, p. 17.

exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. Ou seja, o membro do Ministério Público tem o dever constitucional e legal de residir nos limites territoriais da Procuradoria ou Promotoria de Justiça de lotação, salvo autorização do Procurador-Geral de Justiça.

A finalidade da exigência normativa de residência na localidade de lotação é garantir o acesso imediato do cidadão ou seu advogado ao Promotor de Justiça, notadamente em casos emergenciais. Trata-se “do direito de acesso imediato que devem ter as partes, seus procuradores, os cartorários, os juízes, a comunidade, enfim, sobre o agente ministerial”<sup>22</sup>. A propósito:

A exigência de que o membro do Ministério Público, em sendo titular de órgão de execução, resida na respectiva comarca, visa aproximá-lo da comunidade, possibilitando a colheita das informações necessárias ao pleno exercício de suas atribuições e facilitando o acesso de todos que busquem a atuação da Instituição, em especial nas situações de emergência<sup>23</sup>.

A residência do membro Ministério Público dentro dos limites territoriais do órgão de execução da qual é titular é uma necessidade<sup>24</sup>. O representante do Ministério Público tem relevantes tarefas a cumprir, a benefício da comunidade, de modo que ao residir na “comarca” o Promotor de Justiça tem melhores condições de colher informações relativas às necessidades sociais locais, o que torna a atuação do Ministério Público mais eficiente<sup>25</sup>.

O art. 1º da Resolução N.º 26 do Conselho Nacional do Ministério Público é claro ao dispor que “é obrigatória a residência do membro do Ministério Público na Comarca ou na localidade onde exerce a titularidade de seu cargo, inclusive nos finais de semana”. Contudo, tal dispositivo não pode ser, reiterese, interpretado e aplicado isoladamente, de modo reducionista, mas de forma complexa, à luz do contexto social, normativo e institucional de cada estado-membro.

No Estado liberal do século XIX, a lei era a fonte hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, limitar o poder estatal e manifestar a vontade popular<sup>26</sup>, de maneira que o pensamento jurídico vigente até primeira metade do século XX, o positivismo jurídico, fundava-se na ideia da observância “cega” da lei, afastando do Direito a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça<sup>27</sup>.

O positivismo jurídico reconhece apenas como normas jurídicas proposições que, em sua estrutura formal, imponham uma proibição, uma permissão, uma obrigação ou uma atribuição para agir de determinada maneira, ou seja, o ordenamento jurídico seria composto por regras<sup>28</sup>, não reconhecendo a normatividade dos princípios.

<sup>22</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

<sup>23</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 531.

<sup>24</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 641.

<sup>25</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993...** *Op. Cit.*, p. 641.

<sup>26</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>28</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 331.

Nesse cenário, tem-se a ascensão do facismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial. As concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porque já não mais se aceitava, no pensamento jurídico do pós-guerra, tais ideias<sup>29</sup>.

Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo<sup>30</sup>.

O pós-positivismo promoveu o rompimento da separação do ser e do dever ser defendido pelo positivismo jurídico com a reaproximação entre o Direito e a ética e entre o Direito e a moral, exigindo-se, agora, uma leitura social, humana e moral do Direito, isto é, vai-se além da estrita legalidade, mas não se descuidou do direito posto<sup>31</sup>.

Aliás, “o novo direito constitucional, ou neoconstitucionalismo, é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito”<sup>32</sup>, cujos valores éticos vigentes na sociedade são positivados, expressa ou implicitamente, na Constituição na forma de princípios.

O neoconstitucionalismo é caracterizado por diversas mudanças quanto à aplicação do Direito, especialmente: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a centralidade constitucional, isto é, os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir da Constituição; c) a superioridade da Constituição e d) a proclamação de direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>.

Max Möller ensina que:

Em resumo, o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta-se como o movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e a concepção da atividade mecânica de aplicação da lei. Exerce papel decisivo na proposição de uma nova forma de encarar a constituição, já não mais como mero limitador formal do poder, mas como verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao poder público como aos particulares, porquanto documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos<sup>34</sup>.

A interpretação do texto normativo tem caráter complexo e constitutivo e não declaratório de seu significado, uma vez que o intérprete produz, a partir do dispositivo normativo, de sua relação com o meio e com os demais ramos do conhecimento científico, normas jurídicas, dando concreção ao Direito<sup>35</sup>.

A atividade do intérprete e do aplicador do Direito tem especial relevância, visto que não consiste em

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>30</sup> Alguns autores se referem aos termos “constitucionalismo contemporâneo” ou “pós-positivismo” como sinônimos de “neoconstitucionalismo”.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 270-272.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...** *Op. Cit.*, p. 272.

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2007, pp. 43-64, p. 44-45.

<sup>34</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo...** *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.



meramente descrever o sentido prévio dos dispositivos, mas construir a partir dos textos seus significados, adaptando-os, inclusive, às novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, culturais e ambientais da atualidade, pois “o intérprete não somente constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados e construídos ao uso linguístico na comunidade do discurso”<sup>36</sup>.

Nessa toada, Lenio Luiz Streck admite que o intérprete e aplicador do direito pode, à luz das circunstâncias do caso concreto (contexto) deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, ou seja, a aplicação de um princípio pode, a depender do contexto, afastar a aplicação de uma regra<sup>37</sup>. É o que Humberto Ávila chama de superabilidade das regras.

O art. 1º da Resolução N.º 26 do Conselho Nacional do Ministério Público é uma regra que institui a obrigatoriedade de o membro do Ministério Público residir na Comarca ou na localidade onde exerce a titularidade de seu cargo, inclusive nos finais de semana. As regras devem ser, ordinariamente, obedecidas, mas não são absolutas, podendo ser, em situações peculiares, superadas<sup>38</sup>.

As regras devem ser interpretadas e aplicadas de forma complexa e não dissociada de seu ambiente (contexto). Assim, as regras podem ser, à luz das circunstâncias do caso concreto, superadas se houver incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente<sup>39</sup> ou por um princípio.

A finalidade da exigência normativa de residência na localidade de lotação é assegurar à sociedade o seu acesso imediato ao Promotor de Justiça, especialmente em casos emergenciais. Contudo, em Sergipe há específica designação de Promotores de Justiça para atuarem, em regime de plantão, em dias não úteis, isto é, finais de semana e feriados, ficando o Promotor de Justiça plantonista responsável em atuar em todo o Estado, conforme Portaria N.º 174/2015 da lavra do Procurador-Geral de Justiça de Sergipe.

O Promotor de Justiça, que não esteja de plantão, não poderá, nos finais de semana e em feriados, atuar na localidade de sua lotação porque há Promotor de Justiça especialmente designado para atender todo o Estado de Sergipe nesse período de dia não útil, sob pena, inclusive, de falta funcional por violação do princípio do promotor natural.

Dessa forma, diante da realidade local, exigir do Promotor de Justiça de Sergipe que resida na localidade onde exerce a titularidade de seu cargo nos finais de semana limita desproporcionalmente a liberdade do membro do Ministério Público, notadamente a autonomia pessoal de escolher o local de sua moradia. Assim, a regra da obrigatoriedade de fixar residência nos finais de semana na localidade de lotação deve ser afastada pelo princípio constitucional da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

A Constituição Federal consagrou o direito do ser humano de escolher autonomamente o local que deseja fixar residência. Trata-se de um corolário lógico do direito à liberdade. Contudo, não há direitos humanos absolutos, imunes a qualquer espécie de restrição. “A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos individuais”<sup>40</sup>. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece, em seu art. 29.2, que os direitos humanos são relativos, ao aduzir que podem ser limitados com o escopo de assegurar o devido reconhecimento e

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 172.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 128.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194.

respeito dos direitos e liberdades de terceiros a fim de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Robert Alexy ensina que “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”<sup>41</sup>. Os direitos fundamentais somente podem ser limitados e restringidos em caráter geral por normas constitucionais ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada pela própria Constituição. Daí falar-se em restrições diretamente constitucionais, quando provenientes de normas de estatuta constitucional, e em restrições indiretamente constitucionais, quando a Constituição permite a edição de normas infraconstitucionais restritivas de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, abstratamente se mostra válida a regra do art. 1º da Resolução N.º 26 do Conselho Nacional do Ministério Público, que limitou a liberdade dos membros do Ministério Público em escolher o local de sua moradia, porque autorizada pela própria Constituição. Contudo, a restrição a direitos humanos somente se dá de modo condicionado a determinados limites, cuja previsão tem como causa primeira a necessidade de proteger a eficácia dos direitos da atividade erosiva do Estado. Em suma, há limites aos limites dos direitos fundamentais.

A restrição a direitos humanos somente será legítima se observados os princípios da proporcionalidade e da proteção do conteúdo essencial deles, considerados verdadeiros limites materiais à atividade restritiva de direitos humanos, especialmente quando a limitação decorrer de conflito entre eles.

O princípio da proporcionalidade é o mais significativo limite dos limites dos direitos fundamentais<sup>42</sup>. É, portanto, instrumento necessário para aferir a legitimidade dos atos estatais que restringem direitos fundamentais<sup>43</sup>.

Outrossim, vale ressaltar que o 129, § 2º, da Constituição Federal, que impõe ao Promotor de Justiça a obrigação de residir na comarca, deve ser interpretado em conjunto com os demais dispositivos da própria Constituição, notadamente em harmonia com os direitos fundamentais nela consagrados, até porque o Promotor de Justiça, enquanto ser humano, é, em razão de sua condição humana, titular de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade serve, portanto, de critério de controle da legitimidade constitucional das medidas restritivas de direitos fundamentais e de critério de ponderação para a solução de conflitos entre dispositivos constitucionais, que se desdobra em três elementos, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito<sup>44</sup>.

A adequação impõe que as medidas restritivas a direitos fundamentais (os meios) sejam aptas a proteger os direitos fundamentais de terceiros (os fins), ou seja, o meio deve promover o fim almejado<sup>45</sup>. A necessidade consiste na escolha, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, daquele menos oneroso e lesivo aos direitos fundamentais afetados<sup>46</sup>. E, finalmente, a proporcionalidade em

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

<sup>42</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

<sup>43</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 727.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 415-416.

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 188.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos...** *Op. Cit.*, p. 193.

sentido estrito exige que as vantagens da interferência na esfera dos direitos dos cidadãos superem os ônus decorrentes da limitação a direitos humanos, ou seja, o benefício alcançado com a adoção da medida restritiva não deve sacrificar direitos fundamentais mais importantes axiologicamente do que os direitos que a medida pretendeu preservar<sup>47</sup>.

Para o deslinde da questão interessa o requisito da adequação ou idoneidade. Segundo Jorge Reis Novais à adequação “é atribuído o sentido de exigir que as medidas restritivas em causa sejam aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuam para o alcançar”<sup>48</sup>, de modo que se através da restrição imposta ao direito fundamentais não for possível alcançar o fim almejado, a medida restritiva será ilegítima e ilícita porque desproporcional.

No caso dos Ministérios Públicos estaduais que já tenham instituído regime plantão em dias não úteis, a medida restritiva, qual seja, obrigatoriedade de fixar residência no local de lotação nos finais de semana é inadequada porque não está apta a promover a finalidade pretendida pela Constituição, qual seja, assegurar aos cidadãos e aos advogados o seu acesso imediato ao Promotor de Justiça, especialmente em casos emergenciais porque, repita-se, em tais estados haverá específica designação de Promotores de Justiça para atuarem, em regime de plantão, em dias não úteis, isto é, finais de semana e feriados, ficando o Promotor de Justiça plantonista responsável em atuar.

### 3 Conclusão

Assim, exigir que o Promotor de Justiça resida os finais de semana na comarca de lotação não atende aos fins almejados pela Constituição Federal e pela Resolução N.º 26 do Conselho Nacional do Ministério Público, de modo que tal regra se mostra, à luz do contexto de Sergipe e daqueles estados com plantão regulamentado, em excessiva medida restritiva ao direito de liberdade e à autonomia pessoal do membro do Ministério Público, devendo, portanto, a regra ser superada pelo princípio da proporcionalidade, permitindo-se, por consequência, que o Promotor de Justiça possa livremente fixar residência nos finais de semana no local que desejar.

### 4 Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2007, pp. 43-64.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>47</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direito fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 419.

<sup>48</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição...** *Op. Cit.*, p. 731.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito**. Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 22.04.2015.

\_\_\_\_\_. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). **Direito Tributário**. Florianópolis: CONPEDI, p. 194-215, 2014.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MARIOTTI, Humberto. **Pensamento complexo: suas aplicações à liderança, à aprendizagem e ao desenvolvimento sustentável**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direito fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nígro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed.. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Direito, holismo e complexidade. In: José Alcebiades de Oliveira Junior, Robson Tramontina, André Leonardo Copetti Santos. (Org.). **Filosofia do Direito I**. 1.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 412-431.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173, jan./abr. 2010.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. In: **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 6. ed. Campinas-SP: Papirus, 2007.

# ***POR UM AGGIORNAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS***

*SALOMÃO ISMAIL FILHO*

1. É Constitucional a alteração das Leis Orgânicas (Complementares) dos Ministérios Públicos dos Estados Federados, no sentido de permitir a participação de Promotor de Justiça em funções na Administração Superior (Conselheiro Superior, SubProcurador-Geral, Ouvidor e Corregedor-Geral), como também criar o Colégio de membros do Ministério Público, tendo como integrantes natos o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral, além de Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça, eleitos pelos membros.

**XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**TEMA: “OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA ERA DIGITAL”**

**ÁREA DE INTERESSE: POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

**TESE: “POR UM *AGGIORNAMENTO* NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS”**

SALOMÃO ISMAIL FILHO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Justificativa. 2. Conclusões. 3. Proposta de Enunciado. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A busca da afirmação do Ministério Público como principal defensor dos direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, máxime em um contexto de era digital, outrossim, há de passar por uma reformulação da sua Administração Superior.

O termo italiano *aggiornamento*,<sup>2</sup> que significa atualização, encontra sintonia com a necessidade de reformular a Administração Superior do Ministério Público dos Estados Federados, ainda alicerçada sob a influência de um *Parquet* pré-1988.

Um dos importantes contributos a respeito seria ampliar a participação do Promotor de Justiça nos cargos de Conselheiro Superior, Ouvidor, Subprocurador e Corregedor, além da possibilidade de ser integrante de um Colégio de Membros da instituição, formado por Procuradores e Promotores de Justiça.

Apresentar uma proposta a respeito de tema é o objetivo desta tese jurídica.

## **1-JUSTICATIVA**

Em momento algum, a Magna Carta de 1988 dispõe que somente Procuradores de Justiça poderão integrar os órgãos da Administração Superior do Ministério Público dos Estados Federados.

Deveras, a Constituição remete para uma Lei Complementar Estadual a organização funcional e administrativa do respectivo Ministério Público (art. 128, § 5º, da CF/1988).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. MBA em Gestão do Ministério Público pela UPE. Especialista e Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (tese depositada).

<sup>2</sup> Expressão bastante utilizada pelo Papa João XXIII, ao Convocar o Concílio Vaticano II, com a finalidade de reformar e atualizar os ritos e tradições da Igreja Católica Apostólica Romana, durante os anos 60 do século XX. A propósito, consulte-se: MENDONÇA, Paulo. Apresentação. *In*: GAMA, Wanderlan Cortes. **João XXIII**. Rio de Janeiro: Editora Três, 1973, p. 09-13.

POR UM AGGIORNAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS

Não obstante o Congresso Nacional ter se antecipado e aprovado a Lei Federal nº 8.625/1993, a título de regra geral para os Estados da Federação, *ex vi* do art. 61, § 1º, II, *d*, da CF/88,<sup>4</sup> é a Lei Complementar Estadual que deve prevalecer, em caso de conflito, pois é o legislador estadual aquele que melhor conhecerá a realidade do local, estando mais próximo do MP da unidade federativa, nos termos do mencionado art. 128, parágrafo 5º, da CF/88.<sup>5</sup>

Tal entendimento foi recentemente albergado pelos Conselheiros Nacionais do Ministério Público, Marcelo Ferra e Alexandre Saliba, ao proferirem seus votos oralmente, nos autos do PCA nº 1670/2014-57, em 28.01.2015, admitindo que, em tese, a Lei Complementar Estadual, em caso de dispor de forma diferente da Lei 8.625/1993, deve prevalecer com relação a esta.<sup>6</sup>

Deveras, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público deve se limitar a disciplinar, de forma geral, as normas jurídicas constitucionais a respeito do Ministério Público (arts. 127 a 130-A da CF/88), não podendo entrar em detalhes a respeito da organização administrativa de cada *Parquet* dos Estados Federados, atribuição afeta à Lei Complementar Estadual.

Ora bem, como não existe hierarquia funcional entre os membros do Ministério Público,<sup>7</sup> defendemos, mediante alteração da Lei Complementar Estadual, que qualquer membro da instituição, seja ele Promotor ou Procurador de Justiça, possa vir a ser candidato a integrante do Conselho Superior da sua instituição, além de também ocupar os cargos de Ouvidor, Subprocurador-Geral e Corregedor-Geral, desde que não esteja em estágio probatório, possua determinada faixa etária e venha desempenhando as suas funções há determinado lapso de tempo, como um indicativo de maturidade de vida, pessoal e profissional, para exercer os referidos cargos.

---

<sup>3</sup> § 5º - *Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)*

<sup>4</sup> Art. 61. *A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

§ 1º - *São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:*

(...)

II - *disponham sobre:*

(...)

d) *organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;*

<sup>5</sup> Sobre o tema, Hugo Nigro Mazzilli expressamente se posiciona, afirmando que não pode a lei ordinária federal contrariar a normatividade complementar dos Estados-Membros, que prevalece sobre a primeira. Consulte-se: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367.

<sup>6</sup> Conforme, BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público, Plenário, relator Cons. Fábio George. Julgamento do PCA nº 1670/2014-57. Brasília, 28.01.2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=d-U96knGnTU>>. Acesso em: 15.03.2015.

<sup>7</sup> Nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 138-139. Consulte-se, ainda, o entendimento de Emerson Garcia, no sentido de que a superioridade hierárquica do Procurador-Geral, chefe do Ministério Público, cinge-se no âmbito administrativo, não podendo ser confundida com hierarquia funcional. *Vide*: GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

Nesse passo, propomos que qualquer membro do Ministério Público, desde que exerça suas atribuições há mais de 10 (dez) anos e possua o mínimo de 35 anos de idade, possa vir a ser candidato e, por conseguinte, ocupar uma das vagas destinadas às relevantes funções mencionadas no parágrafo anterior.

Lembramos que nem a Constituição Federal e nem a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em momento algum, exigem que o Presidente nato do Conselho Superior (o Procurador-Geral de Justiça, conforme o art. 10, inciso II, da Lei 8.625/93) tenha que ser, necessariamente, um Procurador de Justiça.

Até porque, o Promotor de Justiça pode ser candidato a Conselheiro Nacional do Ministério Público, não existindo, reiteramos, qualquer vedação constitucional nesse sentido. De fato, o art. 130-A, inciso III, e parágrafo 3º, da CF/1988, dispõe que qualquer membro do Ministério Público dos Estados pode ser indicado para integrar o Conselho Nacional do Ministério Público, não fazendo discriminação entre Procuradores e Promotores de Justiça.

E isso é ratificado pelo art. 2º da Lei 11.372, de 28.11.2006!<sup>8</sup>

Por corolário, vários Ministérios Públicos dos Estados Federados, em suas leis orgânicas locais, permitem a candidatura de Promotores de Justiça à Chefia da instituição. Em Pernambuco, por exemplo, isso se tornou possível a partir da Lei Complementar nº 149/2009, que alterou o art. 9º da Lei Complementar nº 12/94, permitindo que qualquer membro do MPPE venha ser candidato a PGJ, desde que possua o mínimo de 35 anos de idade e 10 anos de efetivo exercício ministerial.

Destarte, a partir do momento em que a legislação complementar estadual admite que um Promotor de Justiça possa vir a exercer a Chefia da instituição, através do exercício do cargo de Procurador-Geral de Justiça, tacitamente, está a admitir que o membro Promotor de Justiça também possa a exercer outras relevantes funções na Administração Superior da instituição, ainda que não se refiram a sua Chefia, tal como os cargos de Conselheiro Superior, Ouvidor<sup>9</sup> e Subprocurador-Geral.<sup>10</sup>

Sob outro prisma, também podemos argumentar, ainda que se insista em observar a Lei 8.625/1993, que tal legislação federal restou revogada em parte pela Lei 11.372/2006, a qual admite que

---

<sup>8</sup> Art. 2º *Os membros do Conselho Nacional do Ministério Público oriundos dos Ministérios Públicos dos Estados serão indicados pelos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, a partir de lista triplíce elaborada pelos integrantes da Carreira de cada instituição, composta por membros com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade, que já tenham completado mais de 10 (dez) anos na respectiva Carreira.*

*Parágrafo único. 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.*

<sup>9</sup> Atualmente, a função de Ouvidor do Ministério Público de Pernambuco somente pode ser exercida por Procuradores de Justiça, eleitos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, conforme o art. 26-D da LCE 12/1994, acrescido pela LCE 83/2006.

<sup>10</sup> No MPPE, existem os cargos de Subprocurador-Geral de Justiça em Assuntos Institucionais, Subprocurador-Geral de Justiça em Assuntos Administrativos e Subprocurador-Geral de Justiça em Assuntos Jurídicos, somente podendo exercer tais funções os Procuradores de Justiça, conforme o art. 11-A da LCE 12/1994, acrescido pela LCE 128/2008.



POR UM AGGIORNAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS

qualquer membro do Ministério Público do Estado pode vir a ser candidato ao Conselho Nacional do Ministério Público, desde que possua 35 anos de idade e 10 anos de efetivo exercício na instituição.

De todo modo, para que se torne expressa tal mudança, propomos que as Leis Complementares dos Ministérios Públicos dos Estados Federados sejam alteradas para permitir a candidatura de qualquer membro do Ministério Público aos referidos cargos, seja Promotor ou Procurador de Justiça, desde que possua ele o mínimo de 35 anos de idade bem como 10 anos de efetivo exercício funcional.

Entendemos que, neste momento de transição institucional, melhor será que o Conselho Superior do MP de um Estado Federado venha a ter uma formação paritária, sendo formado por Promotores e Procuradores de Justiça.

Por conseguinte, como membros natos do Conselho Superior, teremos o PGJ e o Corregedor-Geral do MP. Além disso, serão eleitos pelos membros, para também comporem o Conselho, 04 Procuradores de Justiça e 03 Promotores de Justiça.

O Ouvidor do Ministério Público (*Ombudsman* do *Ombudsman*, voz do Povo dentro da Instituição), relevante função introduzida na estrutura ministerial após a EC nº 45/1994, passa a ser eleito por todos os membros, Promotores e Procuradores de Justiça.

Propomos, ainda, a extinção do Colégio de Procuradores de Justiça e do seu Órgão Especial, onde houver, devendo suas atribuições serem incorporadas pelo Colégio de Membros do Ministério Público, o qual terá 21 integrantes, sendo o PGJ e o Corregedor-Geral membros natos. Demais, serão eleitos pela classe 10 Procuradores de Justiça e 09 Promotores de Justiça.<sup>11</sup>

O Corregedor-Geral do Ministério Público passa, pois, a ser eleito pelo Colégio de Membros do Ministério Público de Pernambuco.

Assim, faz-se necessário que as Leis Complementares Estaduais, que tratam da organização do respectivo Ministério Público, sejam alteradas, no sentido de passar a prever as alterações ora propostas.

Destacamos ainda que esta tese, em momento algum, pretende esvaziar a 2ª instância ministerial, representada pelas Procuradorias de Justiça.

Temos por fundamento, porém, a observância do princípio democrático, dentro de uma instituição onde não há hierarquia entre os seus membros. A hierarquia existe no plano administrativo (e não funcional) e com relação a terminados cargos/funções, como o Procurador-Geral de Justiça, o Corregedor-Geral e o Secretário-Geral do Ministério Público.

---

<sup>11</sup> Importante lembrar aqui que, no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, existe o Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, integrado por todos os membros em atividade na carreira de tal ramo do MP da União, conforme o art. 161 da LC nº 75/1993.

Hierarquia, do ponto de vista administrativo e funcional, entre Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça não há absolutamente, com a devida *maxima venia*, com relação àqueles que pensam em sentido contrário.

Se aos Procuradores de Justiça cabe exercer permanente inspeção nos trabalhos dos Promotores de Justiça, nos autos em que oficiem, conforme o art. 19, § 2º, da Lei 8.625/1993, a recíproca também é verdadeira, quando os Promotores de Justiça vierem a atuar em processos judiciais baixados da 2ª instância judicial, pois a teleologia da norma é que, se um membro verificar alguma irregularidade no trabalho de outro, deverá comunicar à Corregedoria-Geral.

Deveras, a concentração somente em Procuradores de Justiça, de determinados cargos da Administração Superior do MP, viola o princípio da não hierarquia entre os membros do *Parquet* e compromete a democracia interna em cada Ministério Público da Federação brasileira.

Além disso, *ad argumentandum*, é importante aduzir que, face às atuais restrições orçamentárias e legais (lembramos a propósito da PEC da Bengala,<sup>12</sup> recentemente aprovada), a mobilidade na carreira funcional dos membros do Ministério Público não é fácil e nem rápida.

Nesse diapasão, em vários Estados brasileiros, muitos dos que hoje exercem a função de Promotores de Justiça não conseguirão chegar um dia ao cargo de Procurador de Justiça. Isso implicará na repetição de nomes para integrar cargos na sua Administração Superior, havendo permanente rodízio entre as mesmas pessoas, o que significa inegável dano para a democracia interna do Ministério Público e para a renovação dos seus quadros.

## 2-CONCLUSÕES

1. Qualquer membro do Ministério Público, seja ele Promotor ou Procurador de Justiça, desde que exerça suas atribuições há mais de 10 (dez) anos e possua o mínimo de 35 anos de idade, pode exercer as funções de Conselheiro Superior, Subprocurador-Geral, Ouvidor e Corregedor-Geral, em razão do princípio da inexistência de hierarquia entre os cargos que integram a carreira vitalícia do MP e porque não existe vedação expressa na Constituição Federal.
2. O Conselho Superior do Ministério Público dos Estados Federados será formado pelo Procurador-Geral de Justiça; pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, por 04 Procuradores de Justiça e por 03 Promotores de Justiça, eleitos pelos membros.
3. Devem ser extintos o Colégio de Procuradores de Justiça e o Órgão Especial do respectivo colegiado, onde houver, assumindo a suas funções o Colégio de Membros

---

<sup>12</sup> Proposta de Emenda à Constituição nº 457/2005, que se converteu na Emenda Constitucional nº 88, de 07.05.2015, a qual aumentou de 70 anos para 75 anos a idade da aposentadoria compulsória para ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos demais tribunais superiores. Tal regra também passou a se aplicar aos servidores públicos em geral, dependendo, entretanto, de uma lei complementar para a sua efetivação (norma constitucional de eficácia limitada), conforme a atual redação do art. 40, § 1º, inciso II, da Magna Carta.

POR UM AGGIORNAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS

do Ministério Público, tendo como integrantes natos o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral, além de 10 Procuradores de Justiça e 09 Promotores de Justiça, eleitos pelos membros.

4. O Corregedor-Geral do Ministério Público será eleito pelos integrantes do Colégio de Membros do Ministério Público.
5. O Ouvidor do Ministério Público passa a ser a eleito por todos os membros do Ministério Público.
6. As Leis Complementares Estaduais deverão ser alteradas para se adaptarem às mudanças propostas nesta tese jurídica.

### 3-PROPOSTA DE ENUNCIADO

1. É constitucional a alteração das Leis Orgânicas (Complementares) dos Ministérios Públicos dos Estados Federados, no sentido de permitir a participação de Promotor de Justiça em funções na Administração Superior (Conselheiro Superior, Subprocurador-Geral, Ouvidor e Corregedor-Geral), como também criar o Colégio de Membros do Ministério Público, tendo como integrantes natos o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral, além de Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça, eleitos pelos membros.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público, Plenário, relator Cons. Fábio George. Julgamento do PCA nº 1670/2014-57. Brasília, 28.01.2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=d-U96knGnTU>>.

Acesso em: 15.03.2015.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Victor Roma, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Paulo. Apresentação. *In*: GAMA, Wanderlan Cortes. **João XXIII**. Rio de Janeiro: Editora Três, 1973, p. 09-13.

***PROMOTOR PODE APRESENTAR  
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E FAZER  
SUSTENTAÇÃO NO TRIBUNAL EM  
RECURSO PROPOSTO PELO MESMO***

*ANDRE LUIS ALVES DE MELO*

O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade de o Promotor apresentar embargos de declaração e fazer sustentação no Tribunal em processos que tenha atuado como parte, além de poder recorrer de decisão do Relator no juízo singular, de forma similar à mudança no entendimento que permitiu que o Ministério Público Estadual faça sustentação oral e embargos nos Tribunais Superiores e o MPF atuaria apenas como fiscal do direito (custos juris).

Promotor pode apresentar embargos de declaração e fazer sustentação no Tribunal em recurso proposto pelo mesmo

André Luis Alves de Melo

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade de o Promotor apresentar embargos de declaração e fazer sustentação no Tribunal em processos que tenha atuado como parte, além de poder recorrer de decisão do Relator no juízo singular, de forma similar à mudança no entendimento que permitiu que o Ministério Público Estadual faça sustentação oral e embargos nos Tribunais Superiores e o MPF atuaria apenas como fiscal do direito (custos juris)

A rigor, a atuação pretendida não impede o exercício da função pelos Procuradores de Justiça, pois da mesma forma que há duas manifestações escritas do Ministério Público (razões recursais/parecer do Procurador), pode haver duas manifestações orais.

Ocorre que muito raramente Procuradores de Justiça fazem sustentação oral nos processos penais, e também há casos em que a manifestação do Procurador de Justiça é contrária ao do Promotor recorrente, logo a unidade do Ministério Público deve ser balanceada com a independência funcional.

Portanto, existe a independência funcional do Promotor e também a do Procurador. O que se almeja é que o Promotor faria a sustentação oral como parte e o Procurador de Justiça como fiscal, pois são funções diferentes, o que é muito comum de ocorrer na parte escrita do recurso, não havendo impedimento para que seja feita também na parte oral, a qual é muito importante para o conhecimento e análise do caso pelos Desembargadores.

## **DESENVOLVIMENTO**

Apenas a título de reflexão, ressalta-se que dois órgãos do Ministério Público (Promotoria e Procuradoria) atuam antes do acórdão no recurso (em regra, pela forma escrita) e normalmente nada se faz oralmente. E também, depois da decisão do TJ no recurso, se contrária ao MP, alega-se que não há como recorrer por falta de Procuradores para atuar em todos os processos, tendo que se priorizar quais os casos serão objeto de recurso (seletividade).

No caso específico do MPMG existe a Procuradoria Recursal Criminal, mas como é uma equipe reduzida, então há necessidade de fazer a triagem de recursos que entendem ser priorizados. E mesmo, que se envie ofícios pedindo recursos para a Procuradoria Recursal Criminal esta não estão sendo respondidos pelo órgão de execução da Procuradoria. Ora, ainda que tenha independência funcional para decidir o que será objeto de recurso, há necessidade de motivar o não recurso quando solicitado pela Promotoria, o qual deveria ser lançado no sistema como uma espécie de Notícia de Fato, a qual deveria ser registrada, e negada ou deferida. Mas, simplesmente ignoram os pedidos de recurso.

Ressalta-se ainda que a Corregedoria do MPMG quer punir Promotor que requerer no processo para fazer sustentação oral no Tribunal de Justiça ou que apresentar embargos de declaração no acórdão que não julgou por completo o pedido ou o fez com algum equívoco no julgado.

Talvez seja o momento para se discutir a atuação do Ministério Público nas instâncias superiores, pois os Procuradores de Justiça são muito importantes para a Instituição, mas não têm conseguido recorrer em razão da sobrecarga de trabalho nos pareceres.

Ou seja, o MP atua duas vezes antes do Acórdão do TJ e depois falta Procuradores de Justiça pessoal para recorrer discordando das decisões do Tribunal. A Procuradoria Recursal Criminal faz um bom Trabalho, com mais de 1.500 recursos por ano, mas ainda é insuficiente em razão do volume, e destes alguns são recursos sobre temas repetitivos.

PROMOTOR PODE APRESENTAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E  
FAZER SUSTENTAÇÃO NO TRIBUNAL EM RECURSO PROPOSTO PELO MESMO

No entanto, esta é uma questão mais complexa entre o dogmatismo (positivismo e mito da neutralidade) e o mais moderno funcionalismo (política pública criminal para priorizar processos penais mais relevantes), mas que já precisa ser discutida no âmbito do Ministério Público, em vez de foco em questões pontuais, pois o problema está em temas estruturais

Em tese, da mesma forma que a jurisprudência evoluiu recentemente no sentido de que os Ministérios Públicos Estaduais podem atuar no STJ e STF, também é preciso discutir a atuação do Promotor nos Tribunais, pois com a informatização conseguimos ter na primeira instância o acesso aos andamentos processuais e teor dos julgamentos rapidamente nos Tribunais, o que era impensável há 20 anos.

Nesse sentido, cita-se o caso paradigma do STJ no sentido de que o Ministério Público estadual pode atuar como parte perante aquele Tribunal, inclusive com sustentação oral, nos casos em que o recurso seja de sua autoria. Ficando ao Ministério Público Federal na posição de custos jûris. Ou seja, o MP atuaria duas vezes, e podendo até mesmo serem manifestações escritas e orais em sentidos diversos na ótica de cada Ministério Público, conforme julgado no EREsp 1.327.573-RJ, julgado em 17/12/2014 (Info 556). Também nesse sentido decidiu o STF, no dia 21/06/12, no RE 593. 727/MG.

Importante citar o art. 31 da lei 8625/93 que trata da função do Procurador de Justiça:

*Art. 31. Cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste.*

Ressalta-se que legislação não prevê o termo “privativo” na atuação dos Procuradores junto aos Tribunais. Por outro lado, o termo “junto aos Tribunais” deve ser interpretado como função de custos jûris e não de parte. Além disso, o Promotor estaria apenas complementando a sua atuação recursal como parte e não estaria atuando “junto ao Tribunal.

Ademais, no Ministério Público, apesar da previsão de unidade constitucional, não se vê esta atividade no cotidiano, pois o trabalho criminal que se inicia com atos de apuração e instrução na primeira instância não é tratado de forma integrada na Procuradoria. Um júri gasta, em regra, quase um dia apenas para a sessão plenária, mas pode o recurso ser julgado em uma tarde juntamente com outros 400 recursos por furto de bagatela, pois é comum julgar centenas de recursos criminais em uma única sessão.

Porém, quando não se faz a sustentação oral a atenção no julgamento tende a ser menor, pois a prioridade na pauta do dia é para processos com sustentação oral. No entanto, raramente o Ministério Público faz sustentações orais na área criminal, de forma diferente do que ocorre em Minas Gerais na área dos direitos coletivos, na qual os Procuradores de Justiça que atuam na Procuradoria Recursal de Direitos Coletivos fazem sustentação oral e mantêm contato com os promotores, mas na área criminal isto ainda não acontece em Minas Gerais.

Importante ressaltar que o art. 610, do CPP não veda a atuação do Promotor e nem prevê a obrigatoriedade de novo parecer ou nova manifestação do Ministério nos recursos criminais, embora isto venha acontecendo desde a década de 40, mas com a Constituição Federal de 1988, isto precisa ser discutido com maior profundidade.

Por oportuno transcreve o artigo 610 do CPP:

*“Art. 610. Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de habeas corpus, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento.*

*Parágrafo único. Anunciado o julgamento pelo presidente, e apregoadas as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo.”*

O Procurador Geral delega aos Procuradores a atuação nos recursos penais com permissão legal, pois seria inviável atuar em todos os recursos criminais. Nada impede que delegue também aos Promotores que atuaram no processo penal desde a primeira instância, mas isto não é feito. Lado outro, não diz o CPP que há necessidade de o Procurador-Geral, ou seu delegado, apresentar parecer de segunda instância, quando já existente razões ou contrarrazões recursais.

Destaco que o parágrafo único do art. 610 do CPP é claro ao afirmar que o relator fará exposição do feito e em seguida concederá, pelo prazo de 10 minutos, a palavra às partes (veja que partes e não apenas ao advogado). Sendo claro, ao incluir a expressão “e ao procurador-geral”, desde que requeiram a palavra. Ora, eu sou o titular da promotoria recorrente ou recorrida, logo sou a parte. O Procurador-Geral (ou seu delegado) é o fiscal. Mas, a parte é o Ministério Público através da minha promotoria e não através do Procurador Geral, este é fiscal e pode discordar plenamente do meu recurso, mas não pode impedir-me de sustentar oralmente o meu recurso, quando o promotor do recurso entender necessária a sustentação oral.

Eventuais divergências na manifestação são naturais, inclusive nos Tribunais os Desembargadores e Ministros podem votar de forma divergente do Relator. Cabe ao Tribunal acolher as argumentações da parte ou do Procurador, como fiscal, de forma unânime ou por maioria.

Sem dúvida, a intimação pessoal com carga dos autos no Tribunal é apenas do Procurador Geral, sendo que a ciência dos prazos para o Promotor, como titular da promotoria recorrente, seria pelo acompanhamento na internet. Mas, ressalto que em São Paulo há informação de que os autos estão sendo baixados ao Defensor Público na primeira instância para que seja intimado dos julgados no TJSP, pois considera-se que o mesmo é o responsável pela defesa e decisão de recorrer, ou não. Já em MG intima-se um Defensor Público na Capital designado para avaliar se recorre, ou não. Logo, observa-se que a questão não é unânime, mas não faz sentido proibir a atuação, sob pena de recurso.

O art.564, III, d do CPP também não prevê a exclusão do promotor que atuou na fase inicial do recurso, ou seja, não veda a atuação do Promotor perante o Tribunal para esclarecimentos de seu recurso, afinal o Ministério Público não é instituição hierarquizada na área funcional, afinal tem com independência funcional, logo tem forma de atuação bem diferente de órgãos como Polícia e Advocacia do Estado.

Ressalta-se que o art. 610 do CPP refere-se aos recursos em processos por crimes com pena de detenção e o art. 613 do CPP com pena de reclusão. Em ambos os casos há previsão de remessa ao Procurador-Geral por cinco dias, mas não há norma expressa obrigando o parecer.

Registra-se que no caso de recurso em processo por crime com pena de reclusão os autos têm que ir para o Revisor, mas este não é obrigado a emitir voto fundamentado, isto ocorre apenas quando discorda do voto do Relator. Este raciocínio também deveria ser aplicado na atuação do Procurador-Geral (e seus delegados) que emitiram parecer apenas quando discordarem da posição do promotor recorrente ou recorrido, ou entenderem que há necessidade de diligência, ou de prescrição ou outra complementação. Esta medida racionalizaria a atuação ministerial e permitiria o foco na atividade recursal.

Afinal, tem acontecido de julgados contra o parecer do Procurador de Justiça, e este não recorre e não fundamenta a decisão de não recorrer. Ora, se a ação penal é obrigatória, então o recurso (continuidade da ação penal) também deveria ser obrigatório, o que implica em necessidade de fundamentar o ato omissivo de não recorrer, da mesma forma que o promotor tem que fundamentar para arquivar um inquérito ou pedir uma absolvição.

Ressalto que dos mais de 20 países na América Latina, o Brasil é o **único** que ainda não adotou expressamente na lei, a partir da década de 90, a oportunidade da ação penal para pequenos delitos sem relevância pública, permitindo o arquivamento em delitos de bagatela.

Também cito trecho de artigo do nobre Paulo Queiroz, membro do MPF e doutrinador, constante do link: [http://www.anpr.org.br/files/boletim\\_75.pdf](http://www.anpr.org.br/files/boletim_75.pdf), publicado em julho de 2007:

*“Essa situação (duas ou mais intervenções) é ainda mais incompreensível quando, nas apelações criminais, o apelante, valendo-se do disposto no art. 600, §4º, do Código de Processo, apresenta razões em segundo grau, quando é então designado um Procurador Regional para apresentar contra-razões e outro para atuar como fiscal da lei, como se representassem instituições distintas ou cumprissem funções institucionais diversas. Dir-se-á que a situação na segunda instância é diferente: o Procurador Regional da República (ou Procurador de Justiça) não ofereceu denúncia, não participou da instrução etc., e, por isso, exerceria semelhante munus mais isentamente. No entanto, a tese, além de questionável, dada a tendência natural de o colega de segunda instância se solidarizar com o de primeira, inclusive em razão da unidade da instituição, não justificaria, por si só, a intervenção em segundo grau, mesmo porque o dever de imparcialidade é comum a todos os seus membros, motivo pelo qual são passíveis de arguição de suspeição e impedimento (CPP, art. 104 e 112). Mais: a maior ou menor isenção é um atributo personalíssimo, que, como tal, varia de pessoa a pessoa, independentemente da posição em que é chamado a atuar. Enfim, nas ações penais públicas, o Ministério Público é sempre titular da ação – logo, parte, obviamente -, não cabendo falar de fiscal da lei, interveniente ou similar....”*

*“Por essas e outras, temos que já é tempo de se iniciar amplo debate sobre a necessidade urgente de revisão de toda a estrutura funcional do Ministério Público, a fim de tornar a sua atuação mais racional e eficiente.”*

Alguns Procuradores de Justiça entendem o pedido como enfrentamento e tenho noção do risco que corro com algumas perseguições que já ocorrem em outras ocasiões de questionamento interno, mas Deus sempre deu livramento. Contudo, o que se busca não é a diminuição da atividade do Procurador de Justiça Criminal, mas sim que dar oportunidade ao Promotor de atuar em recursos que conheça o processo desde a fase inicial. E, assim os Procuradores de Justiça poderiam ser direcionados para a fase de recursos junto ao STJ e STF, pois é uma atividade muito importante e necessária, pois reflete até mesmo na segurança pública e em ideologia que quer proteger apenas os bandidos e busca prescrição com recursos infundáveis.

Outra situação comum de ocorrer é quando o próprio Relator do recurso nega seguimento ao mesmo, em sede de juízo singular, ou seja, sem julgamento coletivo; ou decide pelo retorno dos autos à Comarca para diligência (algumas intimações de duvidosa necessidade), neste caso também estaria impedida de atuar a promotoria recorrente? Afinal, nestes casos, é comum que nem se encaminhe os autos à Procuradoria antes da decisão. Algumas vezes, quando hipótese de retorno à Comarca para diligência, costuma-se nem intimar o Ministério Público. Ora, se o Relator nega seguimento ao recurso, poderia a promotoria parte no recurso recorrer para que a sua decisão seja submetida à Turma ou Câmara, afinal o recurso não foi julgado pelo Tribunal, logo também é o caso de peticionar ao tribunal e não no Tribunal.

Cita-se as conclusões do importante trabalho do Promotor Celso Jerônimo Souza e publicado no site do CNPG :

### **3. CONCLUSÕES.**

*3.1. O Promotor de Justiça que inaugurar a instância recursal ou responder recurso poderá fazer a sustentação oral no segundo grau, quando couber, por ocasião do seu julgamento, na qualidade de órgão-agente, enquanto o Procurador de Justiça funcionará como órgão-interveniente, vale dizer, fiscal da lei.*

*3.2. O Procurador-Geral de Justiça, ou o membro delegado, tem legitimidade para promover a sustentação oral, quando couber, no julgamento dos recursos que o Ministério Público Estadual manejar ou responder perante o Supremo Tribunal Federal e Superior*



*Tribunal de Justiça, na condição de órgão-agente, enquanto o Ministério Público Federal, através do Procurador-Geral ou Subprocuradores-Gerais da República, agirá como fiscal da lei.*

*3.3. Tanto o Promotor quanto o Procurador-Geral de Justiça, que recorrerem das decisões do juízo “a quo”, na qualidade de custos legis ou de parte, ou, na hipótese de responderem recurso, a sustentação oral, no juízo “ad quem”, dar-se-á na condição de órgão-agente, enquanto o Procurador de Justiça e PGR, ou seu delegado, respectivamente, oficiarão, na qualidade de órgão-interveniente.*

*3.4. A sustentação oral nos recursos iniciados pelo ou contra o Ministério Público, através do Promotor ou Procurador-Geral de Justiça, não representa, nem se confunde com postulação no tribunal, importando, ao reverso, exaurimento da postulação ao tribunal.*  
Rio Branco, julho de 2003.

<http://cnpq.org.br/index.php/cap/3926-artigos>

Há ainda obras que já abordam este problema de atuação do Ministério Público como as seguintes:

- O Ministério Público na Segunda Instância, da autora Paolina Leone Candia Hryniewicz, editora Lumen Juris, 2002.
- Função Social do Ministério Público Estadual de segundo grau - Análise crítico-reflexiva da sua (in)constitucionalidade), da Promotora Sônia Piardi, Editora Insular, 2013.

Inclusive o próprio CNMP já iniciou discussão sobre este tema anteriormente, ou seja, atuação da segunda instância, mas não houve conclusão.

Além disso, temos os seguintes processos em que se foi reconhecido o direito de o Promotor sustentar no Tribunal como parte, sem prejuízo do MPF atuar como fiscal. Estes casos aconteceram no TRF da 4ª Região, onde foi reconhecido o direito do MPM (Militar) atuar no TRF, sem prejuízo da atuação do MPF:

*ACP nº 5007180-81.2011.404.7102 – Taifeiros - Apelação  
Eventos nos. 11 (16/07/2014) e 13 (17/07/2014)*

*ACP nº 2008.71.02.000356-3 – Serviço Militar Alternativo – Imperativo de Consciência -  
Apelação  
Julgamento do dia 23/03/2011*

*ACP nº 0002494-05.2009.404.7102 – Auxílio-Transporte - Apelação  
Julgamento do dia 14/11/2010*

Nesse sentido, o Regimento Interno do TRF 4 passou até mesmo a admitir a atuação do MP Parte e do MP Fiscal, conforme procedimento instituído pela Resolução nº 112, de 20 de dezembro de 2010 e atualizado até o Assento Regimental nº 4, de 20 de dezembro de 2013.

Um outro ponto é que os embargos de declaração não são tecnicamente recursos, mas apenas complementos da apelação, do RESE ou do Agravo de Execução interpostos pelo Promotor.

Não podemos ter um Ministério Público atuando de forma similar ao século XIX em plena era digital. Quando o Ministério Público optou por esta atuação vertical e isolada era uma época de difícil comunicação,

PROMOTOR PODE APRESENTAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E  
FAZER SUSTENTAÇÃO NO TRIBUNAL EM RECURSO PROPOSTO PELO MESMO

mas hoje é possível ao Promotor ter acesso digital ao inteiro teor julgado pouco tempo depois, em menos de dez dias, e antes da remessa dos autos para o Procurador Geral.

**CONCLUSÃO**

É possível ao Promotor que atuou como parte no processo, com base no princípio constitucional da independência funcional, solicitar inscrição para sustentação oral do seu recurso perante o Tribunal, bem como apresentar embargos de declaração, inclusive dos julgados do juízo em relação aos seus argumentos recursais, além do recurso em desfavor de decisão do Relator em juízo singular, cabendo ao Judiciário decidir pela legitimidade não sendo lícito que a Corregedoria emita ato sancionador .

***A INCLUSÃO ILEGAL DE CLÁUSULAS  
RESTRITIVAS AO CARÁTER  
COMPETITIVO EM SEDE DE  
EDITAIS DE LICITAÇÃO PÚBLICA,  
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E  
CONSTITUCIONAL AO DISPOSTO NO  
ART. 37 XXI CF-88 E ART. 3º CAPUT E  
§1º, I E II DA LEI Nº 8.666-93.***

*ITALO COSTA DIAS*

Proposta de alteração Legislativa da Lei 8.666-93 (Art. 3º e seguintes) compatível com a Constituição Federal de 1988 (art. 37 XXI) em compasso com a Conferência de Mérida Contra a Corrupção, quanto a ilegalidade de cláusulas restritivas em licitações Públicas.

***A INCLUSÃO ILEGAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS AO CARÁTER COMPETITIVO EM SEDE DE EDITAIS DE LICITAÇÃO PÚBLICA, INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E CONSTITUCIONAL AO DISPOSTO NO ART. 37 XXI CF-88 E ART. 3º CAPUT E §1º, I E II DA LEI Nº 8.666-93.***

AUTOR: ÍTALO COSTA DIAS

*“ ... (tangente)... O termo italiano utilizado para indicar o desvio da função pública já se tornou conhecido em todo o mundo e reforça a ideia de que a corrupção está relacionada à superposição dos interesses privados sobre os interesses públicos” (Lucas Rocha Furtado citando CARBAJO CASCÓN. Corrupción pública, corrupción privada y Derecho Privado Patrimonial: Una Relación Instrumental. Uso perverso, represión y prevención, p. 128)*

**DA PERTINÊNCIA DO TRABALHO EM CAUSA**

O Regimento Interno do XXI Congresso Nacional do Ministério Público (Artigo 1º inciso V) entre os diversos objetivos do evento, consta o de **“recolher subsídios para o aperfeiçoamento do Ministério Público e da legislação, em vigor, com vistas, especialmente, à redução dos conflitos e a à efetiva construção de uma sociedade livre, justa e fraterna”**.

Neste espeque, o presente trabalho focaliza a denominada “imposição por parte das Administrações Públicas de, em seus editais de licitações, incluir disposições condicionantes a adequada habilitação dos proponentes em cadastros on lines, físicos ou ainda em outros meios meramente administrativos, tais como a “obrigatoriedade das empresas concorrentes de terem Certificado de Registro Cadastral, SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), declaração de idoneidade, sede própria da empresa na localidade, e ainda outras condicionantes emitidas pela própria Administração Pública e ou por empresas privadas ou ainda por organizações não governamentais com esta finalidade).

Tais condicionantes, expressas ou implícitas, em tese, são flagrantemente ilegais, porque além de revelar o caráter dirigido e restritivo ao certame, por igual estão a macular os Princípios cardeais de ordem Constitucional vinculados no Inciso XXI do Artigo 37 da vigente Carta Política,

In verbis:

*“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

E mais. Dispõe a Lei 8.666-93 em seu artigo 3º caput combinado com o § 1º incisos I e II:

*“É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”, ressalvadas exceções (§§ 5º a 12 do artigo e art. 3º da Lei n. 8.248/91, que dizem respeito a produtos manufaturados, serviços e informática)*

## **EXPOSIÇÃO**

**I.** *A priori*, a licitação é um procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública para a contratação de serviços, obras, concessões, aquisições de bens e etc, com propostas mais vantajosas, com a finalidade precípua de proteger a Coisa Pública.

A doutrina de Marcio Pestana em Licitações Públicas no Brasil, ao examinar as Leis 8.666-93 e 10.520-202, divulgadas via Editora Atlas página 04-05, citando Geraldo Ataliba, Ação Popular na Constituição Brasileira, em Revista de Direito Público, pag. 119, que :

*“Nós, brasileiros, nós latinos americanos, pensamos na palavra público de um modo diferente. Aqui, quando se fala em público pensa-se em algo que não é meu, que é do governo, que é do Estado, diferentemente do que acontece, por exemplo, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Suécia. Nesses países quando se fala público todos entendem que é de todos. Um governante, nesse contexto desses países, excepcionalmente anglo-saxônicos, diz ‘eu sou um servidor público estou aqui para servir o público’. Fala cheio de orgulho, porque serve ao povo. Aqui no Brasil, a autoridade se sente desligada do povo, não tem nada a ver com o povo, comporta-se como dono das coisas e pensa o povo como objeto de sua ação. O sentido público, no Brasil, até na linguagem normal, é um sentido diferente. E a prova, a tradução – pois, isto é elucubração acadêmica -, a prova, a tradução concreta disso está nas nossas ruas, nas nossas praças, nos nossos prédios públicos, etc. no desleixo, nos maus tratos que sofrem, não só das autoridades e dos funcionários mas também do próprio povo. O sentido de público entre nós é diferente do sentido de público de alguns outros povos. Isso mereceria um estudo, uma investigação, naturalmente de especialistas”*

E informa também as origens do instituto licitação no direito brasileiro

*In verbis:*

*“Os motivos que ensejaram a sua criação podem ser os mais diversos: coibir ofensas ao caro princípio da isonomia; impedir o exercício da pessoalidade e preferência, pela Administração Pública, na escolha de determinados fornecedores e prestadores de serviços; identificar a proposta que seja mais vantajosa para a Administração Pública etc. Todos esses motivos, de alguma maneira, estão voltados para preservar e proteger a coisa pública, expressão que utilizamos para representar o acervo da Administração Pública integrado por ativos, direitos, bens e interesses, bem como por encargos, passivos e deveres assumidos em desfavor da Administração Pública.”*

Historicamente, no Brasil, a matéria licitatória até o ano de 1967, não detinha prioridade legislativa. Aliás, sequer existia lei federal disciplinando determinado instituto de vital importância administrativa. Foi editado o Decreto Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispondo sobre a Organização da Administração Federal e estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa.

Já em 1986, em 21 de novembro, foi editado o Decreto Lei Nº 2.300 determinando as licitações públicas e contratos com a Administração Federal.

E mais tarde, foi regulamentada a atual Lei de Licitações Públicas Nº 8.666-93, de 21 de junho de 1993, instituindo as normas para licitações e contratos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Ressalta-se o disposto no artigo 3º, cumulado ao § 1º, do presente diploma licitatório. Sendo considerado como normas gerais para interpretação e implementação dos comandos normativos do instituto da Licitação Pública.

Vejam os:

*“Art. 3º. 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.*

*§ 1º É vedado aos agentes públicos:*

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*

*II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”*

Forte no ideário-matriz lavrado em 2003, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro, foi adotada pela Convenção das Nações Unidas o efetivo combate à Corrupção, sendo certo que o Brasil firmou o pacto em 09 de dezembro de 2003, e editou o Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A propósito, confira-se a chamada Conferência de Mérida, no México.

No Brasil, o Poder Executivo Federal é o competente pelo disciplinamento das normas da Convenção relativamente ao efetivo combate e prevenção da corrupção.

2. No âmbito do temário “os desafios e oportunidades do Ministério Público Brasileiro na era digital” questionamentos vários estão a borbulhar sobre a legalidade ou ilegalidade de cláusulas editalícias que, de alguma forma, venham a limitar o princípio da livre participação dos empresários nas licitações que lhes sejam pertinentes.

Segundo o artigo 3º da lei concorrential, o procedimento administrativo de licitação destina-se a preservar a coisa pública com propostas mais vantajosas a Administração Pública, até porque a Lei 8.666-93, ilustra, expressamente, a vedação a todo agente público de criar cláusulas ou condições que comprometa, restrinja ou impeça a competição entre as empresas concorrentes, seja referente ao objeto licitado (características desnecessárias ao interesse público, especificações exclusivas, salvo justificável, equipamentos não comuns, parcelamento, exigências de qualificação técnicas e et), cláusulas contratuais (exiguidade da entrega do objeto, estipulação de prazo incompatível com a prática comercial) e a pessoa do licitante (Habilitação Jurídica, Qualificação Técnica, Qualificação Econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no art. 7º inciso XXXIII da CF-88 atinente a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Nesta seara, o Tribunal de Contas da União tem dedicação própria mediante diversos julgados sobre a vedação de cláusulas restritivas em editais de licitação pública, como forma indireta de direcionamento a determinadas empresas, com especificações singulares.

Vejamos:

*“Na mesma linha de entendimento, o TCU tem repelido a inclusão de cláusulas indevidas de habilitação ou restritivas ao caráter competitivo da licitação, conforme destaque os seguintes precedentes:*

*‘Além disso, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo do procedimento e estabeleçam preferências em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes’ (Acórdão 979/2005 - Plenário).*

*‘Não há que se falar em convalidação de um edital com cláusulas restritivas, pois há inibição de potenciais licitantes (...) por conseguinte, não atendendo ao apelo da Administração a participar do certame. Esse não comparecimento desde logo impossibilita a conclusão de que a Administração contratou com a melhor proposta’ (Acórdão 1.871/2005 - Plenário).*

*E ainda:*

GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO TC-025.479/2007-0 Natureza: Representação Unidade: Prefeitura Municipal de Apucarana/PR Interessado: Secex/PR Advogado constituído nos autos: não consta

Sumário: REPRESENTAÇÃO. CONTRATO DE REPASSE. EXIGÊNCIA DE SELO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL. CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES.

*Impõe-se a adoção de medida cautelar objetivando a suspensão do procedimento licitatório em face do receio de possível dano causado por eventual contratação de serviços baseada em licitação em que o caráter competitivo foi prejudicado pelo estabelecimento de cláusulas editalícias excessivamente restritivas.”*

A doutrina de Marcio Pestana (In: Licitações Públicas no Brasil. SP: Editora Atlas, 2014, pág. 285), leciona in verbis:

*“Os participantes de uma licitação, em regra, deverão atender a diversas exigências constantes das normas gerais licitatórias, em especial no que diz respeito a habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica e qualificação econômica financeira. A comprovação das satisfação, pelo interessado, dessas exigências, poderá ser realizada no certame licitatório, mediante a apresentação, tempestiva, segundo assim dispuser o instrumento convocatório, da documentação correspondente.*

*Entretanto, entidades que sucessivamente realizam certames licitatórios poderão estruturar e disponibilizar sistemas de registro cadastral, através dos quais aqueles que se interessem em participar de licitações a serem realizadas poderão cadastrar grande parte dos seus dados, normalmente a cada ano, sendo-lhes fornecido certificados correspondentes.*

*A adoção do sistema, entretanto, não impede que interessados não previamente cadastrados no sistema possam, querendo dele participar, pois caso isso ocorresse importaria em evidente ilegalidade, como assim já decidiu o Tribunal de Contas da União.”*

Veja-se também:

*“a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que é ilegal a exigência de somente poderem participar de licitações empresas que estiverem previamente cadastradas no SICAF. Neste sentido, tem –se as Decisões 861-2000 e 20-2001 e o Acórdão 36-2005, todos do Plenário. Esse ultimo acórdão assim determinou: 9.1 determinar ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal que: 9.1.1 deixe de incluir em editais de licitação, dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no sistema integrado de cadastramento unificado de fornecedores, por falta de amparo legal para tal exigência; 4.3 destarte, os editais de licitação devem incluir dispositivos que permitam aos licitantes cumprir os requisitos de habilitação sem necessidade de estarem previamente cadastrados no SICAF (Acórdão 106-2009- Plenário rel. Min. Raimundo Carreiro)”*

Neste mesmo sentido, doutrina o sempre festejado Hely Lopes Meirelles:

*“Igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação previsto na própria Constituição da república (art. 37 XXI), pois, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento”*

No terreno Sumular, é rico o repertório dos Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo relativamente às cláusulas restritivas em licitações, a saber:

*“A Súmula 263/2011 TCU: “Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal e exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.”*

*A Súmula 24 do TCE-SP: “Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, a*



*ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha a ser devida e tecnicamente justificado”.*

*Súmula 23 TCE-SP: “Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.”*

*Súmula 30 TCE-SP: “Em procedimento licitatório, para aferição da capacidade técnica, poderá ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros intens.”*

*Súmula 25 TCE-SP: “Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução da obra”.*

*Súmula 14 TCE-SP: “Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno”.*

*Súmula 29 TCE-SP: “Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório”*

*A Súmula 27 TCE-SP: “Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário da administração”*

Doutra banda, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua 1ª. Turma, já decidiu pela ilegalidade das cláusulas em procedimento de licitação pública que restrinjam ou impeçam a competitividade entre os licitantes, condicionando a habilitação dos interessados a certidões e critérios demasiadamente específicos no julgamento do presente certame.

*In verbis:*

*“REsp 579541 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0129889-6 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/02/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 19/04/2004 p. 165*

*Ementa*

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.*

*1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do*

*Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.*

*2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.*

*3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).*

*4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.*

*5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.*

*6. Recursos especiais improvidos.”*

3. Registre-se, a Convenção de Mérida-México acima já mencionada estabeleceu diretrizes internacionais para que os Estados Signatários, dentre eles o Brasil, no escopo de implementar medidas preventivas e repressivas no combate a corrupção, especificamente no âmbito das Contratações Públicas, senão vejamos:

*“Contratação pública e gestão da fazenda pública*

*1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas:*

*a) A difusão pública de informação relativa a procedimentos de contratação pública e contratos, incluída informação sobre licitações e informação pertinente ou oportuna sobre a adjudicação de contratos, a fim de que os licitadores potenciais disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas ofertas;*

*b) A formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação;*

*c) A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos;*

*d) Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo;*

*e) Quando proceda, a adoção de medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública, em particular declarações de interesse relativo de determinadas contratações públicas, procedimentos de pré-seleção e requisitos de capacitação.*

*2. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará medidas apropriadas para promover a transparência e a obrigação de render contas na gestão da fazenda pública.*

*Essas medidas abarcarão, entre outras coisas:*

*a) Procedimentos para a aprovação do pressuposto nacional;*

*b) A apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos;*

*c) Um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente;*

*d) Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno; e*

*e) Quando proceda, a adoção de medidas corretivas em caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos no presente parágrafo.*

*3. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias nos âmbitos civil e administrativo para preservar a integridade dos livros e registros contábeis, financeiros ou outros documentos relacionados com os gastos e ingressos públicos e para prevenir a falsificação desses documentos.”*

#### **4. CONCLUSÕES:**

O objeto mediato da proposição consiste:

**4.1)** A ideia de adotar como política pública ministerial a implantação de Encontros, Cursos, Palestras e debates da classe ministerial em sede de Licitações Públicas e da Lei de Improbidade Administrativa, **lato sensu**, para melhor conferir orientação e o devido aperfeiçoamento funcional do integrante da carreira ministerial sobre a matéria em causa;

**4.2)** Equipar e aparelhar as Promotorias de Justiça de 1º e 2º entrâncias, ou ainda as sedes de Pólo, com estrutura mínima adequada, com a inclusão de corpo técnico-operacional especializado, para o livre e adequado desempenho de atuação ministerial na defesa do patrimônio público e combate a improbidade administrativa.

Do ponto de vista imediato, o objeto consiste, em concreto, na prática de ações legais tendente a:

a) Apresentar propostas de alterações legislativas no escopo de adequar, de forma efetiva, a Parte Finaldo Artigo 3º. do estatuto licitatório, para nele incluir a ressalva do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, quanto a permissão das exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis a garantia do cumprimento da obrigações;

b) Introduzir relativa inovação na “performance” funcional que ao se defrontar com cláusulas restritivas em editais licitatórios, as Promotorias de Justiça promovam de imediata a efetiva defesa da coisa pública.

In fine, cito a doutrina de Walter Costa Porto onde menciona Getúlio Vargas quando da edição da Carta Brasileira de 37 enfatizando que:

“Quando acadêmico de Direito, em discurso de homenagem ao Conselheiro Afonso Pena, Francisco Campos utilizou-se de uma frase de Emerson: *Toda instituição é a sombra alongada de um homem*”.

**ÍTALO COSTA DIAS**

Promotor de Justiça – MP-PA

Titular de Santana do Araguaia

Cumulativamente a Comarca de Redenção

**BIBLIOGRAFIA**

- a) Garcia, Emerson, Rogério Pacheco Alves, Improbidade Administrativa, 8ª Ed., São Paulo, 2014, Editora Saraiva;
- b) Furtado, Lucas Rocha, As Raízes da Corrupção no Brasil, Estudo de Casos e Lições para o Futuro, Belo Horizonte, 2015, Editora Fórum;
- c) Pestana, Márcio, Licitações Públicas no Brasil, Exame Integrado das Leis 8.666-93 e 10.520-202, São Paulo, Ed. Altas, 2013;
- d) Milaré, Edis, Doutrina, Jurisprudência, Glossário, 5ª. Ed, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007;
- e) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 21ª Edição, São Paulo, Ed. Altas, 2008;
- f) Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 39ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2013;
- g) Controladoria Geral da União, Cartilha Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Brasília, 2008;
- h) Nações Unidas, Escritório contra Drogas e Crime, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção Cartilha;
- i) Vieira, Evelise Pedroso Teixeira Prado, In II Congresso do Patrimônio Público do Estado de São Paulo: o Princípio da Eficiência nas Obras Públicas com o tema “Tipos de Licitação e aspectos restritivos à competitividade no edital: combate aos cartéis”, divulgado via Internet;
- j) Custódio, Antônio Joaquim Ferreira, Constituição Federal Interpretada pelo STF, 8ª Edição, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004;
- l) Santana, Jair Eduardo, Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2014;
- m) Bittencourt, Sidney, Comentários á Lei Anticorrupção Lei 12.846-2013, 2ª Edição Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2015;
- n) Mello, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 17ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2004;

# ***INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL***

*ANDRE LUIS ALVES DE MELO*

O Art. 24 do Código de Processo Penal, usado para fundamentar eventual “obrigatoriedade da Ação Penal” viola os artigos 127, CAPUT e §§1º e 2º, bem como o Art. 129, I, ambos da Constituição Federal, uma vez que o titular da Ação Penal (Persecução Penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades

## **Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal**

**André Luis Alves de Melo**

### **INTRODUÇÃO**

O art. 24 do Código de Processo Penal, usado para fundamentar eventual “obrigatoriedade da ação penal” viola os artigos 127, caput e §§1º e 2º, bem como o art. 129, I, ambos da Constituição Federal, uma vez que o titular da ação penal (persecução penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades para o processamento penal, conforme novo ordenamento jurídico imposto a partir de 05/10/1988, embora a doutrina processual penalista pouco aborde este tema. Logo, não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico, conforme será demonstrado, inclusive abordando outros elementos fáticos em razão do reiterado argumento de que geraria impunidade.

Ademais, ressaltamos que não se pode julgar a Inconstitucionalidade (ou não recepção) com base no argumento de ser conveniente ou inconveniente, ou em riscos não comprovados.

Na verdade trata-se de “princípio da obrigatoriedade da persecução penal” e não da “obrigatoriedade da ação penal”, e foi desenvolvido pelo Iluminismo baseando-se na visão Republicana de que todos devem ser tratados igualmente, logo devem ser processados se cometerem crimes. Contudo, acabou-se verificando que, na prática, há vários aspectos de desigualdade até mesmo em relação às penas e investigações. Ademais, com o decurso do tempo tornou-se apenas “obrigatoriedade da denúncia”.

Se o argumento para manutenção da obrigatoriedade é o combate à impunidade e o poder punitivo do Estado, então não se poderia haver exigência de representação da vítima para crime de estupro, lesão corporal leve, ameaça, lesão culposa em acidente de trânsito (mesmo que seja a perda de uma perna) e vários outros delitos. Isso sem falar que o estupro é crime hediondo, mas exige representação da vítima, em regra.

Outro ponto é que no Brasil ocorreu recentemente ainda o paradoxo de “obrigatoriedade da transação penal”, confundida com “discricionariedade regrada”. Com a devida vênia, mas não se trata de “discricionariedade” exigir que se apresente transação, pois estará sendo aplicada uma punição, ainda que mais leve. O “não processar” deve ser mais amplo, para que seja uma discricionariedade regrada consistente no arquivamento, por exemplo.

Portanto, neste curto espaço de até 10 páginas estará sendo exposto o motivo da inconstitucionalidade do mito conhecido como “obrigatoriedade da ação penal”. Inicialmente ressalta-se que não é expresso no CPP que há obrigatoriedade da ação penal no art. 24 do CPP, e a tão propalada “legalidade”, não se pode ser o agente público ser compelido a seguir um princípio implícito não positivado.

Por oportuno destaca-se que apenas no Código de Processo Penal MILITAR é que fica expresso o termo “obrigação de ajuizar ação penal” no art. 30, conforme texto a seguir:

#### ***“Obrigatoriedade***

*Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houve”*

[ ... ]

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 promoveu verdadeira revolução coperníca na área da persecução penal e na estrutura do Ministério Público, mas praticamente ignorada nos livros de processo penal e na própria prática cotidiana do Ministério Público, pois ainda focados no Código de Processo Penal de 1941, o qual é um decreto-lei que nem foi votado pelo Legislativo.

A priori, os temas “princípio da oportunidade” e o “processo penal consensual” suscitam muitas controvérsias na área em que operam os sistemas penais dos países com tradição continental.

## DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal promoveu três mudanças básicas na estrutura da persecução penal, as quais considerou o Membro do Ministério Público como agente político e com independência funcional; concedeu autonomia administrativa ao Ministério Público e o colocou como titular da ação penal.

A ação penal não consiste tecnicamente apenas no ato de “denúncia”, mas em todo o sistema de persecução penal, inclusive o ato de “não processar”. E o Promotor Criminal como agente político não pode atuar de forma autônoma, como se fosse burocrata e advogado da Polícia, pois sua função de controle externo também deve ser exercida no processo com base na justa causa e até mesmo fixando prioridades.

Na prática a titularidade da ação penal tem sido confundida com mero titular da assinatura na denúncia, pois nem mesmo há gestão processual para se acompanhar e agilizar os processos penais principais, ficando a mercê do Escrivão Judicial ou do Escrivão da Polícia que define as prioridades que serão enviadas ao Ministério Público.

É comum dizer-se que o direito de punir é indisponível. Mas, qual a proporcionalidade de o crime de pequeno furto ser ação penal incondicionada e o de lesão culposa (perda de uma perna) ser ação condicionada à representação? E mais grave ainda, mesmo que a vítima alegue que não tem mais interesse no objeto **furtado** e não se sente prejudicada, qual seria a justa causa ou objeto tutelado? Uma vez que o patrimônio privado é disponível. Não se está falando na questão da representação, mas na própria essência do direito penal. Qual o interesse do Estado nesta persecução penal?

Qual o direito fundamental protegido pela obrigatoriedade da ação penal? Se a vítima nem tem necessariamente a indenização pelo que perde nos furtos.

Outra indagação, é porque não se fala em ‘**obrigatoriedade de investigação penal**’? Pois em menos de 10% dos crimes cometidos há instauração de Inquérito Policial e investigação, conforme pesquisa comentada disponível no site: <<http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos>> (Avante Brasil, 2014)

Além disso, a indisponibilidade do direito de punir é relativa, tanto é que temos até a figura constitucional do indulto presidencial e até mesmo a prescrição.

**No Brasil, destacamos que José Frederico Marques na obra "ESTUDOS de Direito Processual Penal", em 1960, reformula sua posição com base nos argumentos de Euclides Custódio da Silveira, e passa a admitir a oportunidade da ação penal com base no termo "razões de arquivamento" previsto no art. 28 do CPP, o qual não limita as "razões de arquivamento", desde que haja fundamentação, logo pode ter como motivo prioridades de política criminal.**

Oportuno destacar trecho da obra Estudos de Direito Processual Penal, págs. 106 e 107, de José Frederico Marques:

*“ [...] A expressão razões invocadas, do art. 28 do Código de Processo Penal, pelo seu caráter vago e indefinido, constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz fazer penetrar os mandamentos da equidade na rígida contextura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda aos fins sociais a que ele se dirige e as exigências do bem comum, consoante o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.*”

*Nota-se, ainda, que essa interpretação não conduz à oportunidade imoderada, com o arbítrio sem medidas do Ministério Público pra arquivar, ou não, as peças de informatio delicti. O Promotor de Justiça fica sob o controle dos órgãos superiores do Ministério Público, a quem o juiz pode enviar o inquérito ou peças de informação se considerar improcedentes as razões invocadas. Com isto evita o procedimento leviano que pudesse ter algum promotor de primeira instância, bem como a pressão de injunções locais.”*

Na obra “ELEMENTOS de Direito Processual Penal” o jurista Frederico Marques ainda era adepto da obrigatoriedade, mas depois mudou de posição, e registrou na obra mais recente, como citado acima. Ou seja, Marques já sustentava a oportunidade regrada da ação penal, mesmo antes de o Ministério Público ter autonomia, e inclusive que poderia arquivar fundamentadamente.

Importante ressaltar que antes da atual Constituição Federal, em plena ditadura militar havia amplo

debate sobre a oportunidade da ação penal. Contudo, com o advento da atual Constituição e a posição constitucional do Ministério Público como agente político gerou um processo de acomodação e mera repetição do “princípio da obrigatoriedade da ação penal”.

*Em Portugal, pequenos furtos em supermercados e cometidos durante o expediente são objeto de ação penal privada. Qual o sentido de no Brasil estes crimes serem ação penal pública incondicionada ?*

Enquanto focamos nos pequenos furtos, os crimes pela internet com valores expressivos aumentam assustadoramente. Estima-se que os crimes pela internet causaram um prejuízo de 15 bilhões de reais em 2014 (<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-virtuais-no-brasil-0>).

Ora, apenas no facebook acontece um crime a cada 40 minutos, 24 horas por dia (<http://www.crimespelainternet.com.br/cada-40-minutos-acontece-crime-relacionado-facebook/>).

Temos ainda uma tentativa de furto de dados a cada 14 segundos, conforme pesquisa da SERASA, com notícia disponível no site: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/08/cada-14-segundos-uma-tentativa-de-golpe-com-dados-roubados-e-registrada-no-brasil.html>.

Como investigar e processar todos estes delitos ?

O argumento é que se não processarmos por estes delitos “eslecionados” pela Polícia haveria impunidade. Ora, mas para uma atuação eficaz é preciso focar nos mais relevantes e atualmente não tem havido uma racionalização da atuação, mas um mero trabalho de burocratas focada em processos isoladamente.

Nesse sentido, citamos que a Polícia vem sustentando que sejam formalizados os critérios para seletividade, pois atualmente esta já existe, mas sem critérios objetivos. Portanto, a própria Polícia Federal defende a regulamentação de investigações que sejam prioritárias, pois não conseguem investigar tudo e tem esta meta como uma meta da classe e tentam buscar a via legislativa, conforme consta da Carta do Rio, em 2012, em Congresso de Delegados Federais: e disponível no link: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf>, no item 8 da Carta., conforme texto a seguir:

[...]

**8. Disseminar a seletividade para início da investigação criminal,** conforme o grau de lesividade dos ilícitos penais, compartilhando a responsabilidade entre as autoridades e instituições oficiais encarregadas de investigar e combater os ilícitos administrativos com repercussão na seara criminal, no Brasil e no exterior, é uma necessidade ante a busca de uma investigação criminal eficiente e moderna. Disponível no site: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf> (Congresso Nacional de Delegados Federais de Polícia, 2012, grifo nosso)

Cita-se o doutrinador brasileiro Fernando Fernandes, o qual na obra “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”, editora Almedina, pág. 310 leciona que:

*“Em conclusão, uma forma ampla para expressar todos esses fenômenos alternativos ao processo tradicional parece ser a de atenuações ao princípio da legalidade, verificando-se uma certa discricionariedade por parte do ministério público no exercício da ação penal”. O Autor destaca ainda que “a discricionariedade reconhecida ao Ministério Público Alemão o permite dedicar a maior parte dos seus recursos ao problema da criminalidade grave.”*

Roxin, sempre defende que o direito Penal deve integrar também a Ciminologia e a Política Criminal, além da mera Dogmática Penal. Apesar de que os penalistas clássicos sempre defenderam apenas a Dogmática penal, ou seja, mera aplicação da lei penal adequando o caso à lei, ficando a criminologia restrita a temas acadêmicos e a política criminal para o legislador, como defendeu Welzel (conhecido também como o Kelsen penalista). Roxin demonstra o erro desta separação na obra “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, editora Renovar.



## INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Nesse mesmo sentido o festejado Roxin também destaca que na Alemanha o princípio da legalidade está sujeito a tantas limitações na atualidade que no campo da criminalidade leve e também da criminalidade média vale praticamente o princípio da oportunidade. Roxin demonstra o erro desta separação na obra “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, editora Renovar.

Segundo Roxin, **nem todo fato típico, antijurídico e culpável justifica obrigatoriamente uma ação penal**. Embora, Roxin seja conhecido mais no Brasil pela questão da teoria da imputação objetiva, também é o autor da teoria da tipicidade material na década de 70. Ocorre que naquela época o conceito dominante na Europa era de que a ação penal pública era obrigatória, logo a única forma de não se ajuizar uma ação penal era a de não ser crime. Assim, ao afirmar a **atipicidade material** ilidia o crime e permitia-se o arquivamento do caso ou a absolvição, se ajuizada a ação.

Mas, **posteriormente Roxin** e o Direito evoluíram no sentido de que mesmo sendo crime, nem todo fato justifica uma ação penal, ou seja, **princípio da oportunidade da ação penal**. E na Europa a oportunidade da ação penal atualmente é adotada para pequenos e médios delitos tanto para arquivamentos, como para acordos entre réu e Ministério Público.

O objetivo do legislador com a estatização do Direito Penal e da Acusação, como regra, foi evitar a vingança privada judicializada e o aumento dos processos penais, logo é preciso avaliar a obrigatoriedade da ação penal para delitos de pouca relevância e que nem mesmo a vítima tem interesse no mesmo, caso contrário a prática jurídica está contrária ao previsto inicialmente. Uma vez que está ocorrendo é o demandismo e não o contrário, ou seja, reservar o Direito Penal para as questões mais relevantes, logo precisa-se fazer também uma análise do tipo penal material e tipo penal formal.

Ademais, o art. 28 do CPP prevê o controle judicial sobre os arquivamentos, definitivos ou provisórios, logo obedece à inafastabilidade jurisdicional.

Ainda que se entenda que a “obrigatoriedade da ação penal” seja um princípio constitucional implícito haveria uma espécie de colisão de princípios, sendo que o princípio da autonomia do Ministério Público e a independência funcional do Membro tornaram-se princípios constitucionais explícitos e positivados na Constituição de 1988.

Estes dois debates estão ocorrendo com muita frequência nos demais países e muitos já avançaram legislativamente. Logo, o texto propõe pesquisar o funcionamento nestes países, suas diferenças, seus prós e contras, bem como mecanismos para evitar abusos omissivos, corrupção e limitar o poder punitivo do Estado, além de apontar as resistências.

Normalmente, a Polícia Militar tem estrutura apenas para tratar dos crimes de atavismo (crimes cometidos com menor inteligência) e isto leva ao círculo vicioso da cifra negra para delitos mais elaborados como estelionatos, corrupção e colarinho branco. Sendo que a maioria dos processos criminais iniciam com Boletins de Ocorrência lavrados pela PM e com precária e limitada investigação pela Polícia Civil, os quais vão sendo denunciados pelo Ministério Público conforme ordem cronológica, exceto diferenciando entre acusados presos (novamente o empoderamento do PM e do PC para os flagrantes) e soltos.

Neste trabalho, propõe-se verificar a mudança de postura do Ministério Público, o qual deixaria de ser apenas Promotor Criminal de Gabinete e passaria a ser “Promotor de Políticas Criminais”, inclusive agindo preventivamente para evitar o crime e não apenas focando no processo criminal, além de se discutir maior liberdade para fazer arquivamentos, ainda que provisórios, por falta de justa causa ou por falta de prioridade para a pauta, ou antecipar proposta de pena alternativa, sendo que os mecanismos de controle devem ser discutidos também neste caso. Tal mudança de posicionamento significaria uma aplicação do sistema do contraditório e abandono de práticas inquisitivas, as quais resistem no inconsciente jurídico coletivo.

A pesquisa visa abordar a atuação do Ministério Público como filtro das ações penais para reduzir o poder punitivo do Estado, o que é inerente ao seu papel de controle externo da atividade policial, defensor do Estado Democrático de Direito e fiscal da lei, logo é mero despachante judicial da polícia ou apenas órgão de acusação. Contudo, no modelo atualmente predominante na prática basta a polícia decidir atender à ocorrência e definir a autoria e o Ministério Público é obrigado a processar, o que implica em processar apenas crime de “furto de varal” e outros de menor complexidade.

Geralmente, os doutrinadores mais tradicionais citam quatro artigos do Código de Processo Penal para fundamentar a ideologia da obrigatoriedade:

**Art. 24.** *Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*

**Art. 28.** *Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar **improcedentes as razões invocadas**, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (grifo nosso e não há limite para o conceito de “razões”)*

**Art. 42.** *O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.*

**Art. 576.** *O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.*

Oportuno destacar que os artigos transcritos datam de 1941 e não foram atualizados pelas legislações posteriores até a presente data. Ademais, naquela época a estrutura jurídica era outra e a carreira do Ministério Público sequer existia como tal.

Em geral, alegam que o art. 24 do CPP ao dizer: “**Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público**”, estabelece a obrigatoriedade. Mas, esta leitura do artigo pode ser vista com viés totalmente ideológico, pois o objetivo do texto é afirmar que a denúncia, se for o caso, é atribuição do Ministério Público” e não quer dizer que o órgão é obrigado a denunciar.

Ainda com relação aos mencionados artigos, observe-se que nenhum deles diz claramente que a ação penal é obrigatória. Afinal, o Ministério Público (MP) não pode desistir do recurso que haja interposto, mas nada impede que o procurador em segunda instância se manifeste pela absolvição nem que o promotor, em primeira instância, deixe de recorrer. Logo, a questão é nebulosa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reforçamos a passagem de um processo penal inquisitivo para um processo penal de partes, mas a lei e a cultura jurídica brasileira têm dificuldade em assimilar esta situação.

A obrigatoriedade da ação penal é expressa na **Constituição Italiana**:

*“Art. 112 – O Ministério Público tem obrigação de exercitar a ação penal”.*

Nada obstante, a legislação italiana criou meios de se mitigar tal obrigatoriedade, prevista desde 1947, como a ação penal pública condicionada para pequenos furtos (representação da vítima), o que significaria quase 40% dos inquéritos policiais no Brasil, e também a possibilidade de se realizar “negócios penais”, espécie de acordos entre promotoria e réus para evitar processos, audiências preliminares e de instrução.

Também na Espanha prevalece o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, todavia, às partes é permitida a realização de acordo para abreviar o rito processual e obter uma sentença mais rápida.

No atual debate sobre a formatação do Ministério Público Europeu para crimes transnacionais, o grande debate é quais infrações serão regidas pela oportunidade da persecução penal e quais serão regidas pela obrigatoriedade da persecução penal, tendo prevalecido que para os delitos de menor e médio potencial ofensividade deve prevalecer a oportunidade.

No Brasil a decoreba reinante nos “Manuais de concurso” apenas repete uma espécie de “mantra” sem aprofundar o debate.

**Em regra, atualmente na maioria dos países prevalece o Princípio da Oportunidade da Ação Penal Pública para os delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, o qual se contrapõe ao da Obrigatoriedade.** Ou seja, cabe ao Ministério Público avaliar a oportunidade de se ajuizar a ação penal naquele momento, mesmo tendo provas e sendo o fato ilícito, devido à falta de pauta de audiências ou por se estar priorizando o combate ao homicídio. Esse “arquivamento provisório” é o que faz o Judiciário quando, em 2011,

INCONSTITUCIONALIDADE  
DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

marca audiências para 2016, mas em uma ordem meramente cronológica, em clara violação à eficiência da segurança pública e ao valor aos bens jurídicos tutelados.

Na Alemanha, a disponibilidade prevalece apenas para delitos de bagatela, o que já seria um enorme avanço no Brasil. Isso, no entanto, é diferente de se permitir transação penal, pois, não raro, os processos têm que tramitar por falta de localização do autor ou por descumprimento, o que tumultua a pauta por delitos que tendem à prescrição.

Na França, o Ministério Público pode deixar de ajuizar a ação penal por questões de oportunidade, mas, se o fizer, não poderá desistir. No entanto, a partir de 2004 criou-se o recurso, por parte da vítima, ao Procurador Geral acerca dos arquivamentos decididos pelo Promotor, cabendo a palavra final ao Procurador Geral.

Em Portugal também se permite ao Ministério Público arquivar inquéritos relativos a delitos com penas inferiores a seis meses.

No Brasil, a previsão do interrogatório ao final da instrução acabou por ampliar a duração da audiência, fazendo cair pela metade a quantidade daquelas que se consegue realizar. A rigor, somos o único país no mundo que adota esta ordem de interrogatório para todos os crimes, com enorme aumento do número de prescrições.

Pela legislação brasileira, o rito processual para se apurar um furto de bicicleta e o furto de milhões de reais pela Internet é o mesmo, o que tende a aumentar as prescrições por falta de vagas para a realização de audiências em tempo hábil. Em razão disto, acaba-se condenando o ladrão de bicicleta, por ser mais simples definir a autoria neste caso, enquanto no delito praticado pela Internet há várias dificuldades técnicas, como, por exemplo, para ouvir as vítimas em Estados diversos.

Embora o CPP vede expressamente ao Ministério Público desistir da ação penal, não o impede de pleitear a absolvição (art. 385), o que parece incoerente.

Há doutrina crescente no sentido do fortalecimento do sistema acusatório, inclusive entendendo que não poderia o juiz condenar em face de manifestação absolutória do órgão de acusação, pois violaria o princípio do contraditório; afinal, o réu não teria como se defender dos fatos aduzidos.

De fato, vários dispositivos do CPP não foram recepcionados pela Constituição de 1988, por violarem o sistema acusatório, em especial a possibilidade de o juiz iniciar o processo penal por portaria. É claro que a mudança do processo inquisitivo para o acusatório sofre resistência, pois, como é algo que muda paradigmas, é visto com desconfiança e relutância por muitos. Induvidoso, porém, que a Carta Federal coloca o Ministério Público na condição de titular privativo da ação penal pública (art. 129, I).

Retornando aos arts. 24 e 28 do CPP acima transcritos, cabe ressaltar que a expressão “esta será promovida” não significa obrigatoriedade de processar, mas, sim, que a titularidade da ação penal pública é do Ministério Público. No tocante ao arquivamento, é de se salientar que as “razões invocadas” podem ser da ordem de prioridade ou de gravidade.

Na realidade, porém, o que se tem observado é que delitos de menor potencial ofensivo estão lotando a pauta; logo, não há espaço para tratar de homicídios, estupros e sequestros. Assim, caso se decida pela obediência à mera ordem cronológica de entrada de inquéritos policiais, isto acabará por induzir o soldado da PM a definir a política de segurança pública, ou seja, a “decidir” se faz *blitz* em bairros chiques ou da periferia, ou se aborda apenas motos ou carros de luxo, ou, então, o delegado a instaurar inquéritos policiais para tudo, uma vez que a prática é não fazê-lo nos casos em que não se têm indícios de autoria e outros argumentos.

Ademais, a Lei 11.719/08, dentre outras modificações, acrescentou o inciso III ao art. 395, do CPP, que também foi modificado pela citada lei. A redação ficou da seguinte forma: "**Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [omissis] III – faltar justa causa para o exercício da ação penal**". Logo, o Ministério Público também pode invocar como “razões” para não ajuizar a ação penal o fato de entender que falta justa causa para a persecução penal.

Curioso que apenas se entenda que exista “obrigatoriedade da ação penal”, mas não se discute obrigatoriedade da persecução penal na fase policial, por exemplo, e nem mesmo na fase da execução penal. Dessa forma, o Ministério Público fica refém dos órgãos policiais que alegam ter discricionariedade, pois a PM faz *blitz* onde e quando quer, e também aborda quem quer!! E a Polícia Civil não pode arquivar Inquéritos Policiais, mas nada veda que arquive os Boletins de Ocorrência Policial.

O que se observa nos demais países da América Latina e da Europa é um aumento da oportunidade para o Ministério Público arquivar inquéritos policiais de menor gravidade, enquanto no Brasil não há discussão e apenas se repete o termo “obrigatoriedade da ação penal” sem reflexão alguma.

Para agravar a imaginação, pesquisa do IBGE apontou que mais de 50% das vítimas de crimes não comunicam o fato às autoridades, ou seja, o processo penal não reflete a realidade criminal no País, conforme observa-se no link:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ibge+maioria+das+vítimas+de+roubo+e+furto+nao+procura+a+policia/n1237867995108.html>

Por outro lado, embora existam mais de 1.600 delitos tipificados na legislação penal, apenas três respondem por quase 80% das prisões: furto, roubo e tráfico em pequenas quantidades, conforme estatística no link: <http://www.jenet.com.br/Policia/2014/10/75-das-prisoos-em-flagrante-sao-por-traffic-furto-ou-roubo.html>.

. Será que os demais crimes não acontecem? Ou estão perdidos na burocracia? Como fica a questão da “cifra negra”, a qual consiste nos delitos não apurados ou não comunicados? Nesse sentido citamos trecho da manifestação do Desembargador Marcelo Semer:

Quem a viatura para?” questiona o desembargador Marcelo Semer, membro e ex-presidente da Associação Juizes para a Democracia, que atua na área criminal há 25 anos e passou alguns deles em uma Vara Criminal de São Paulo. **“90% dos processos que a gente tinha na Vara Criminal eram de flagrantes da Polícia Militar, era quem fazia nossa triagem. E a PM aborda muito mais na periferia que no centro**, muito mais o jovem que o idoso, o negro que o branco, isso já traz uma seleção”, define. “E o réu é o último a ser ouvido, isso não acontece antes de dois meses. Disponível em

<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>, grifo nosso. Acesso em: 17 Ago. 2015

A rigor, apenas o furto responde por mais de 50% das prisões. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela Internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para a criminalidade tendem a cometer delitos mais elaborados, os quais são difíceis de provar e, se provados, têm penas menores.

Relevante pesquisa feita pela Promotora Fabiana Costa, em 2006, durante o seu Mestrado na Unb constata que em mais de 50% dos casos os crimes de furtos eram inferiores a um salário mínimo, conforme link:

<http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2007/cp070227-08.htm>

Veja-se que mesmo a legislação processual italiana passou por reformas. Segundo Eduardo Araújo da Silva:

A reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal. Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art. 112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação. Destarte, não ajeitam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.

A discussão sobre “obrigatoriedade” ou “oportunidade” da ação penal deveria estar no centro dos debates no Brasil, mas é tratada como uma “verdade imutável”, como se princípios não mudassem nunca. A sutil previsão legal da transação penal em 1995 reacendeu o debate, mas sempre focado na “obrigatoriedade”; alguns até entenderam como uma mitigação. Mas, na prática, criou-se outra “obrigatoriedade”, a da transação penal. E, para agravar, muitas vezes o processo simplificado do Juizado Especial é remetido às Varas Criminais quando

## INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

não se localiza o autor do fato para citar, aumentando o colapso nas varas comuns, já abarrotadas com os seus processos iniciais.

Nesse sentido, caminha-se no Brasil para um processo penal quase “esquizofrênico”, em que o Estado acusa e cria outra instituição estatal para fazer a defesa. Oportuno destacar que, nos últimos anos, a maciça política do Governo Federal para *estatizar* a assistência jurídica acarretou um aumento de 80% no número de presos, conforme dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) entre 2002 e 2010. No entanto, tal fato precisa ser pesquisado com maior profundidade para se apurar suas causas, mas não há muito interesse em face do encantamento atual com a estatização e seu forte *lobby* sindical. E, ao final, a mesma instituição que defendeu a maioria dos presos quer mais verbas para atendê-los nos presídios, alegando ainda que o Estado abusa na quantidade de presos. Ora, mas então por qual motivo prendeu e depois é o próprio Estado a “desdizer” o que ele próprio acusa? Embora o índice de condenação nas ações penais seja superior a 80%, excluindo-se as prescrições e suspensões do processo. É fato, contudo, que o “ritmo de metralhadora” de denúncias permite apenas condenações por delitos simples, como furto, roubo e tráfico de pequenas quantidades, pois não há como aprofundar as investigações em crimes mais elaborados.

Ora, mas por qual motivo o Estado é obrigado a processar alguém por delitos que não são prioridade? E também a oferecer defesa, se nem deveria ter iniciado a ação penal? Por qual motivo a lesão corporal leve é ação penal pública condicionada e o furto de bagatela não? Por qual motivo se alguém apanha pode retirar a “queixa” [representação], mas não a do furto do seu lápis? Por qual motivo um processo precisa chegar ao STF para se dizer que é insignificante? Parece-me que por meras resistências de se mudar paradigmas e, em alguns casos, por puro interesse de se manter o mercado jurídico aquecido.

Conforme pesquisa do DEPEN (Departamento Penitenciário), em 2010, <http://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado>, as prisões por crimes de furto e tráfico ultrapassaram as prisões por furto.

No entanto, pela experiência pessoal é possível constatar que os roubos são de valores inferiores a um salário mínimo e o tráfico de drogas por quantidades inferiores a 20g. Nos demais casos, não há flagrante e nem investigação policial.

Segundo as lições de Lênio Streck, 2001, na obra *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 61, Editora Livraria do Advogado, citado pelo Andre Luis Tabosa, na obra *Acusação Responsável*, 2015, Edit. Lumen Juris, p. 106, ressalta-se que:

“[...] não se afigura razoável que para os delitos de furto, apropriação indébita, estelionato, somente para citar alguns, a ação penal seja incondicionada e, para os delitos de trânsito (lesões corporais), a ação seja de índole condicionada [...] o Estado está mais preocupado e atento em perseguir aqueles que colocam em risco patrimônio das pessoas, do que aqueles que atentam contra a vida e a integridade corporal destas!”

O curioso é que nas Escolas de Direito, e no meio jurídico em geral, não se discute esta desproporcionalidade citada acima. Apenas aplica-se a lei sem reflexão crítica.

O sistema atual de processo penal no Brasil promove a insegurança pública ao se estabelecer audiências judiciais burocráticas, ausência de possibilidade de se simplificar o procedimento para determinados casos, mas, principalmente, pelo mito da obrigatoriedade da ação penal.

Paradoxal que órgãos públicos como o CADE, a RECEITA e o CVM possam arquivar casos de crimes socialmente graves, embora cometidos sem violência, mas não precisam nem comunicar ao MP e nem ao Judiciário, o que comprova a inexistência do mito da obrigatoriedade da ação penal. Ou seja, para se arquivar o caso do furto de bala no Carrefour tem que passar pelo crivo do Judiciário e discutir tipicidade. Mas, se o Carrefour comete crime tributário ou contra a ordem econômica pode ser beneficiado com acordos extrajudiciais e nem se chega à esfera judicial. Logo, o problema de se ter mais pobres presos não é por falta de assistência jurídica, mas por causa de brechas legais. Ou seja, para os ricos é o Princípio da Oportunidade, mas para os pobres é o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal.

Nesse sentido, cita-se trecho da obra do Procurador da República Luis Wanderley Gazoto, in *Princípio da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública*, editora Manole, 2003, in pág. 118:

*“De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição.”*

O Direito Penal ainda vive de mitos, inclusive repetem-se chavões como: “é o direito penal que restringe a liberdade”, mas a grande maioria dos processos criminais hoje comporta transações penais ou penas alternativas que não restringem a liberdade. Além disso, temos crimes com pena exclusiva de multa, a qual não pode ser convertida em prisão. Ou seja, mudaram-se os fatos, mas não os mitos.

Mesmo a legislação processual italiana, segundo Eduardo Araujo da Silva, na obra Ação Penal Pública, editora Atlas, 2ª Ed. p. 28, também passou por algumas reformas:

*“Também a recente reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal.*

*Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art.112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de Justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação.*

*Destarte, não ajeitam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.”*

É equivocado alegar que o princípio da “obrigatoriedade da ação penal” seria um princípio constitucional implícito, principalmente no tocante aos pequenos delitos patrimoniais. Ademais, princípio da independência funcional e o da autonomia do Ministério Público são expressos, logo deveriam prevalecer neste “conflito” aparente de princípios.

A rigor, apenas os princípios positivados têm efetividade, os demais são mera orientação programática. O Neo-constitucionalismo deve dar efetividade aos princípios positivados no corpo constitucional. Seria até mesmo o caso de se questionar se “obrigatoriedade da ação penal” é realmente um princípio ou estaria apenas no plano de norma. Esta questão é aprofundada em outro texto maior, pois demanda até mesmo aspectos de filosofia e outros setores.

Ocorre que nas décadas de 30 a 60 houve forte influência de doutrinadores italianos na área processual, tanto civil como penal. Mas, na área penal esta influência ficou muito evidente com a adoção do Código de Processo Penal e do Código Penal, do Italiano Rocco.

No entanto, a Constituição Italiana adotou expressamente no art. 119 a obrigatoriedade da ação penal na década de 30 e até hoje vigora esta disposição lá. Logo, para a doutrina italiana o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi positivado, tendo normatividade, mas no Brasil não. Ademais, é até de se duvidar se seria um princípio, uma vez que não existiu sempre.

Na primeira Constituição Republicana, em 1891, foi permitido aos Estados da Federação legislarem sobre matéria processual, inclusive penal. A maioria dos Estados preferiu manter a aplicação do Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832, como o Estado de São Paulo.

Todavia, alguns dos Estados optaram por promulgar seu próprio Código de Processo Penal e, neste sentido, vale dizer que a maior parte estabelecia de forma expressa a obrigatoriedade do exercício da ação penal.

Alguns Códigos estaduais de Processo Penal previam expressamente a obrigatoriedade da ação penal, pode-se citar o do Distrito Federal (Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924); de Minas Gerais (Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930); do Rio Grande do Sul (Art.100, da Lei nº 24/1898); e da Bahia (Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915), conforme leciona Afrânio Jardim, na obra Ação Penal Pública, Princípio da Obrigatoriedade 2001, p. 95-99). Certamente os Códigos Estaduais foram influenciados pela doutrina do Iluminismo que fortaleceu o debate da República e fim do Império no Brasil.

## INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O Mestre Afrânio Jardim efetuou brilhante trabalho sobre a obrigatoriedade da ação penal na década de 80, anterior à atual Constituição Federal, inclusive usou de pesquisa ao Direito Comparado. Até hoje o Insigne Jurista mantém sua posição ideológica a favor da obrigatoriedade da ação penal. A sua obra já está na 5ª Edição, em 2011. Porém, a legislação estrangeira citada pelo insigne autor não contém as atualizações ocorridas nos ordenamentos jurídicos na década de 90, conforme demonstrei em outro trabalho pesquisando a legislação de todos os países da América Latina, aproximadamente 25 países, e com exceção do Brasil, todos passaram a adotar a oportunidade da ação penal, prevendo expressamente ao Ministério Público a possibilidade de não processar em casos de menor ofensividade, nem mesmo é obrigado a fazer acordos penais. O mesmo ocorrendo em vários países da Europa. Sem falar na questão de que os pequenos furtos passaram a ser ação penal privada ou penal pública condicionada à representação da vítima.

No Brasil o poder da “Burocracia” é tão grande que defendemos que o Estado/Ministério Público é obrigado a processar até mesmo por pequenos delitos, para o mesmo Estado implantar a Defesa Estatal para defender e recorrer até o STF em pequenos delitos para ao final ser condenado a 10 dias multa, e prescrever. Ou então, tentar afrouxar a execução penal por falta de vagas. Em suma, em vez de racionalizarmos no início da persecução penal queremos fazer isto ao final e depois do custo do processo.

Isto beneficia apenas o meio jurídico e os bacharéis em Direito que vivem deste mercado de ações e demandas judiciais sem efetividade.

No entanto, uma preocupação do Mestre Afrânio Jardim é muito relevante, seria necessário um mecanismo para controlar eventuais desvios, e até leniência, de promotores para não processar. Neste caso, acredito que bastaria o CNMP exigir que a vítima seja intimada (quando possível) e podendo recorrer como faz no caso de Notícias de Fato e que a decisão de arquivamento seja publicada na internet. Pode-se facilmente criar um recurso para a vítima ao PGJ administrativamente, pois ele é a autoridade que decide sobre o arquivamento, logo a previsão, de remessa pelo Juiz, não impede a da vítima.

Em 1941, voltando a unir as normas processuais penais em um único diploma legal, entra em vigor o Decreto-Lei nº 3.689, o Código de Processo Penal (CPP) que se encontra vigente até os dias atuais. E passou-se a ter o crime de furto, como regra, de pequeno furto, o qual apenas teve pequenas alterações votadas recentemente pelo Legislativo.

Importante ressaltar que até 1940 havia muitas regras no anterior Código Penal e de Processo Penal para que o furto não fosse ação penal incondicionada. Por exemplo, como a regra prevista de que se não ocorresse o flagrante o processo penal somente poderia ser iniciado com representação da vítima.

Com a declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal (não recepção) estaremos racionalizando o direito penal no início da ação penal definindo as prioridades e não ao final como se faz atualmente, depois de muitas prescrições e prisões, custos para ao final de tudo, tentar flexibilizar a execução penal, em um paradoxal sistema que visa a “cura social” como defende o mito da ressocialização compulsória e Escola da Defesa Social. Lado outro, urge que em uma era de Direito Digital as decisões de arquivamento tenham o seu inteiro teor publicado na internet para controle social, inclusive as referentes ao art. 28 do CPP.

### **Conclusão:**

O art. 24 do CPP, no tocante ao entendimento dominante de que seria o vetor da obrigatoriedade da ação penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. De fato, nenhuma Constituição Brasileira adotou expressamente o “princípio da obrigatoriedade da ação penal”, sendo que em 1988 houve uma mudança significativa na persecução penal com a colocação do Ministério Público como titular da ação penal e com a posição de agente político, logo isto deve repercutir na atuação criminal, com mudança de paradigmas, sendo que o art. 24 do CPP viola os artigos 127, caput e §§1º e 2º, bem como o art. 129, I, da Constituição Federal, uma vez que o titular da ação penal (persecução penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades fundamentadamente para o processamento penal, podendo a ação penal deixar de ser ajuizada por justa causa e ausência de prioridade, cabendo o controle do ato nos termos do art. 28 do CPP, ou seja, pelo Juiz e subsidiariamente pelo PGJ, o qual pode até mesmo unificar as políticas públicas com a publicação dos julgados no art. 28 do CPP, o que poucos fazem. Logo, trata-se de tema de relevante interesse institucional e da sociedade.

***O CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL  
(CEAF) NA SISTEMÁTICA DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO***

*MARCELO PEDROSO GOULART*

No novo ciclo que se inicia para o Ministério Público brasileiro, os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAFs) devem ser valorizados como espaços estratégicos de formação de quadros, de produção do conhecimento e de elaboração de projetos institucionais.



**XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO “Os desafios e as oportunidades do Ministério Público brasileiro na Era Digital”**

**Comissão Temática III — ÁREAS DA POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

**Tese: O CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL (CEAF) NA SISTEMÁTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO**

**Autor: MARCELO PEDROSO GOULART — Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo**

**I – Centro de Estudos e aperfeiçoamento Funcional (CEAF): definição e posição no sistema público de ensino**

O CEAF, como órgão auxiliar do Ministério Público, apresenta-se como Escola Institucional. Entende-se por Escola Institucional o estabelecimento de ensino, incluído na estrutura das instituições públicas, destinado precipuamente à formação e capacitação de agentes públicos, bem como à elaboração de projetos de organização institucional e de políticas públicas.

Com essa definição, o CEAF integra o sistema público de ensino na modalidade Educação Profissional (LDBEN, art. 39, *caput*) e subordina-se, no âmbito de sua destinação, aos princípios e normas que informam e conformam o ensino público, dos quais, destacam-se:

- a) autonomia pedagógica (didático-científica);
- b) gestão democrática do ensino;
- c) acesso universalizado;
- d) gratuidade do ensino público;
- e) garantia do padrão de qualidade;
- f) pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- g) valorização da experiência extra-escolar;
- h) vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Por força dos princípios da autonomia e da gestão democrática cabe às escolas, em geral, e às Escolas Institucionais, em especial, a definição dos seus rumos, a elaboração do seu plano de trabalho e o planejamento das suas atividades, no sentido do cumprimento de sua missão institucional. Essa tarefa cria a necessidade-obrigatoriedade de cada estabelecimento elaborar, de forma participativa, o seu Projeto Político-Pedagógico (LDBEN, arts. 12, inc. I, e 14, inc. I).

**II – CEAF: caracterização**

**A) CEAF: dimensão político-institucional**

A dimensão político-institucional é aquela que dá a conhecer as características formais e estruturais do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), principalmente aquelas que definem a sua posição na organização do Ministério Público, a sua autonomia, as suas relações intra e interinstitucionais e as suas atividades primárias.

### **1. Elementos constituintes do CEAF**

Nessa caracterização, encontramos os critérios constituintes do CEAF, que, ora, são elencados.

#### **1º elemento: origem**

A origem do CEAF é legal. Foi criado pela LONMP, que assim o define:

**Artigo 35** — O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional é 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 racionalização de seus recursos materiais.

Hoje, o CEAF tem fundamento constitucional (CR, art. 32, § 2º, com a redação dada pela EC nº 19).

#### **2º elemento: posição institucional**

O CEAF integra a estrutura do Ministério Público como órgão auxiliar responsável pela (i) formação e capacitação dos seus agentes públicos e (ii) pela elaboração de pesquisas e projetos de organização institucional e de políticas públicas.

#### **3º elemento: função**

O CEAF tem como função precípua a produção e a difusão do conhecimento de interesse do Ministério Público mediante o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa e extensão.

Pelo cumprimento dessa função e pelo desenvolvimento dessas atividades, caracteriza-se como *escola pública de natureza institucional*, enquadrando-se no, sistema nacional de ensino, na modalidade Educação Profissional (LDBEN, art.39, *caput*).

#### **4º elemento: público-alvo**

Como previsto no seu ato de criação, o CEAF tem como público-alvo prioritário os agentes políticos e administrativos dos quadros do Ministério Público brasileiro. Em sua condição de Escola institucional – modalidade de Escola de Governo – o CEAF também pode desenvolver atividades de ensino e extensão voltadas para: (i) agentes políticos e administrativos de outras instituições públicas, (ii) cidadãos interessados nas

carreiras de Ministério Público e (iii) cidadãos atuantes nas organizações e movimentos sociais voltados à implementação e ao controle de políticas públicas.

**5º elemento: objetivo**

Decorrente de sua função (produção e difusão do conhecimento), de suas atividades (ensino, pesquisa e extensão) e do público-alvo que busca atingir (prioritariamente os quadros do MP), o CEAF tem como objetivo central a melhoria do desempenho do Ministério Público.

**6º elemento: vinculação estratégica**

No cumprimento de sua função o CEAF vincula-se aos objetivos do Ministério Público enquanto instituição destinada constitucionalmente à promoção dos interesses estratégicos da sociedade brasileira. Por essa razão, suas atividades vinculam-se às políticas institucionais definidas democraticamente nos Planos e Programas de Atuação.

Essa vinculação estratégica coloca o CEAF no arco de órgãos do Ministério Público responsáveis pela concretização da unidade institucional.

**7º elemento: autonomia**

O CEAF é dotado de autonomia pedagógica (liberdade de ensino e pesquisa). Cabe unicamente às instâncias internas do CEAF a elaboração, apreciação e deliberação sobre os assuntos relacionados às atividades de ensino, pesquisa e extensão, observadas as diretrizes dos sistemas nacional e estadual de ensino e as prioridades institucionais definidas nos Planos e Programas de Atuação.

A autonomia gerencial do CEAF é restrita à coordenação das atividades de suporte ao ensino, pesquisa e extensão. A gestão administrativa não se dá de forma desembaraçada visto que as principais ações, nesse campo, ficam, em última instância e como regra, na dependência do ordenador de despesas da Instituição. No entanto, não há óbice a que se promovam reformas legislativas que ampliem o rol de competências do CEAF e, conseqüentemente, a autonomia gerencial.

O CEAF não dispõe de autonomia financeira, todavia é preciso criar mecanismos que garantam recursos suficientes para a implementação do projeto político-pedagógico e do plano de desenvolvimento institucional. Independentemente da instituição de fundos, é necessário figurar no orçamento do Ministério Público rubrica específica para o custeio do CEAF, tendo como fonte o Tesouro do Estado e como critério de definição de valor o custo-qualidade das atividades pedagógicas (ensino, pesquisa e extensão).

Dependendo do nível dos interesses que permeiam a disputa de poder entre as forças políticas internas da Instituição, a relativa autonomia gerencial e a ausência de autonomia financeira podem fragilizar a autonomia pedagógica, em prejuízo da eficiência e eficácia do CEAF.

**8º elemento: cooperação**

A autonomia relativa do CEAF garante-lhe, no campo pedagógico, imunidade às ingerências dos demais órgãos da Instituição. Essa necessária autonomia didático-científica não afasta, porém, a necessidade do trabalho em cooperação com esses outros órgãos para o cumprimento de suas funções e o desenvolvimento de suas atividades.

A cooperação também se estende à atuação conjunta com outras Escolas Institucionais – de Ministério Público ou não –, Universidades e Centros de Estudos e Pesquisas que possam contribuir com a consecução dos seus objetivos.

#### **9º elemento: espacialidade**

O CEAF, como órgão auxiliar integrado à estrutura do Ministério Público, tem sua sede na Capital do Estado. Diante de sua função estratégica de produção/difusão do conhecimento e de formação/capacitação dos agentes políticos e administrativos, o CEAF deve capilarizar-se por todo território do Estado. Nesse sentido, mostra-se conveniente a criação de Núcleos Regionais, que funcionem como centros descentralizados de execução das atividades de ensino, pesquisa e extensão.

#### **10º elemento: publicidade**

O CEAF promove a difusão de informações de interesse público com o objetivo de atingir o seu público-alvo, outros órgãos públicos e a sociedade em geral. Essas informações dizem respeito às suas atividades de ensino e culturais, à produção teórica e aos resultados das pesquisas aplicadas e se materializam em diversificados instrumentos de comunicação, como: página na Internet, redes sociais, boletins informativos, livros, cadernos especiais e revista científica.

## **2. Atividades primárias do CEAF**

Por atividades primárias entendem-se aquelas que são típicas, da essência de uma escola de Ministério Público, ou seja, aquelas pelas quais a escola de Ministério Público cumpre a sua função (a produção e a difusão do conhecimento de interesse do Ministério Público) e o seu objetivo (melhoria do desempenho do Ministério Público).

No ensino, é considerada atividade primária do CEAF a realização de cursos dirigidos à formação e à capacitação dos seus quadros (agentes políticos e agentes administrativos) nas seguintes modalidades:

- a) mestrado profissional;
- b) especialização;
- c) aperfeiçoamento;
- d) atualização.

Na pesquisa, são consideradas atividades primárias:

- a) a realização de pesquisa aplicada – dirigida à produção do conhecimento necessário ao enfrentamento dos problemas elencados como prioritários pelo Ministério Público em seus Planos e Programas de Atuação;
- b) a elaboração de projetos de organização institucional e de políticas públicas – voltados à melhor execução dos serviços do Ministério Público e à racionalização de recursos materiais.

Na extensão, as atividades primárias dizem respeito a eventos formativos destinados ao público externo, que podem tomar variadas formas: cursos, seminários, palestras, conferências, debates, programas culturais etc.

### **3. Estrutura organizacional**

Atualmente os CEAFs não dispõem de uma estrutura compatível com a sua importância. Como regra, o espaço físico a eles destinado é insuficiente para o desenvolvimento de suas atividades e o corpo burocrático é composto por insuficiente número de agentes técnicos e administrativos.

É preciso definir uma organização interna e uma estrutura mínima que garanta o seu funcionamento como escola, com a viabilização de suas atividades e o cumprimento de sua finalidade.

Quanto à organização, o CEAF não pode prescindir de um quadro próprio de professores, pesquisadores, assistentes técnicos e agentes administrativos. Também não pode prescindir de congregação e de direção dotadas de autonomia para a definição e desenvolvimento das atividades pedagógicas (ensino, pesquisa e extensão).

Quanto ao espaço físico e recursos materiais, o CEAF precisa ser dotado de salas de aula, de estudo e de reuniões; auditório; dependências condignas para o corpo diretivo, técnico e burocrático; biblioteca; estúdio de transmissão e gravação de aulas à distância; além de equipamentos necessários ao seu funcionamento. Devem ser garantidos, também, espaço físico e equipamentos para o funcionamento dos Núcleos Regionais.

### **4. Síntese**

O CEAF define-se a partir da sua função (a produção e a difusão do conhecimento de interesse do Ministério Público) e do seu objetivo (melhoria do desempenho do Ministério Público). Suas atividades primárias (típicas, essenciais) desenvolvem-se no sentido da concretização dessa função e desse objetivo. Se por um lado, as atividades primárias caracterizam o CEAF como *escola*, ou seja, como centro de ensino, pesquisa e extensão; por outro, a função e o objetivo a que se destina o qualificam como *Escola Institucional*.

Como Escola Institucional, o CEAF diferencia-se das unidades organizacionais comuns de capacitação de pessoal e das universidades. Das primeiras, dada a maior complexidade de suas atividades, pois, além da formação de seus agentes públicos, também desenvolve pesquisa e projetos voltados à melhoria institucional. Das segundas, porque suas atividades têm caráter essencialmente aplicado.

## **B) CEAF: dimensão estratégica**

A dimensão estratégica é aquela que exprime o aspecto significativo, revela o sentido, define o papel do CEAF como órgão integrante do Ministério Público. A definição do papel do CEAF pressupõe a compreensão da função sociopolítica do Ministério Público nessa quadra da história e da realidade social onde se dá a atuação ministerial. A partir desse conhecimento é possível projetar as mudanças necessárias à atualização institucional e realizá-las por meio de prática reflexiva e criadora.

### **1. O CEAF e o novo ciclo de atuação do Ministério Público**

A Constituição da República conferiu ao Ministério Público perfil que o coloca no cenário nacional como defensor dos interesses estratégicos da sociedade brasileira, na exata correlação entre os objetivos gerais da República (CR, art. 3º, incs. I a IV) e o cumprimento da missão institucional (CR, art. 127, *caput*). Para isso, adquiriu autonomia, novas funções e novos instrumentos.

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, esgotou-se o primeiro ciclo da atuação de nossa Instituição sob o influxo da nova ordem política e social. Nesse período, a sociedade brasileira tomou consciência dos novos direitos, organizou-se e, de forma crescente, passou a reivindicá-los, inclusive no âmbito do sistema de Administração da Justiça.

O conteúdo conferido ao Ministério Público pela nova ordem constitucional passou a conviver contraditoriamente com antigas formas de estruturação institucional e com a cultura formalista e jurídicista que marca a anacrônica formação dos membros da carreira.

Nos anos imediatamente pós-constituente essa contradição não se manifestou como problema, já que a atuação do Ministério Público respondeu satisfatoriamente às demandas iniciais de uma sociedade que dava os primeiros passos no processo de construção do regime democrático.

Na segunda década do século XXI, essa contradição emerge como problema a ser superado, visto que as formas estruturais e o modelo formativo acima apontados não garantem ao Ministério Público uma atuação que atenda às expectativas de uma sociedade cada vez mais crítica e exigente.

### **2. O CEAF e a atualização institucional**

Esse cenário crítico exige a superação da contradição acima apontada. Impõe-se a atualização institucional, que passa necessariamente:

- no plano estrutural, pela reorganização espacial e administrativa do Ministério Público, bem como da carreira de seus agentes políticos e administrativos;
- no plano político, pelo aprofundamento da democratização interna, com o alargamento da participação da primeira instância nos processos de deliberação; como também pela criação de mecanismos que possibilitem diálogo e interação permanentes com as organizações e movimentos sociais;

- no plano cultural, pela elaboração da nova teoria de Ministério Público e por inovadores processos de formação e capacitação de seus quadros.

A atualização nos planos político e estrutural só se consolidará e apresentará os resultados socialmente esperados se acompanhada da correspondente atualização cultural.

O CEAF, como órgão responsável pela atualização cultural (formação e capacitação de quadros, elaboração e difusão da teoria do Ministério Público, discussão e definição de novas práticas), apresenta-se, no ambiente ministerial, como *locus* privilegiado de debate e de formulação de ideias e projetos relacionados ao desenvolvimento institucional.

### **3. As atividades primárias do CEAF em um novo paradigma institucional**

Neste momento da história do Ministério Público brasileiro, cabe ao CEAF direcionar as atividades de ensino, pesquisa e extensão para a configuração de um novo paradigma institucional e de uma teoria correspondente, que estimule, na formação e capacitação de seus agentes políticos e administrativos:

- uma postura reflexiva (a exigir o conhecimento prévio da problemática sobre a qual a Instituição deve atuar);
- proativa (referente às intervenções antecipatórias de situações de crise);
- resolutiva (relativa à busca de maior efetividade, seja em soluções diretas para os casos que chegam ao seu conhecimento, seja na melhoria da qualidade do trabalho de intervenção processual – produção de provas e de teses jurídicas).

Nesse sentido, é preciso formar e capacitar os agentes políticos e administrativos para que se postem à altura do cumprimento da missão institucional. Isso implica:

- a) qualificação em termos técnicos e ético políticos (formação profissionalizante e humanista);
- b) desenvolvimento da capacidade crítica, reflexiva e *projetual*.

Essas são as condições colocadas para:

- a) a melhora do desempenho dos agentes políticos e administrativos e dos serviços;
- b) ganhos de efetividade na atividade fim.

Para isso, o CEAF transformou-se em espaço estratégico de produção e difusão do conhecimento, conjugando harmonicamente ensino, pesquisa e extensão.

As atividades de ensino devem possibilitar:

- a) acesso ao universo potencial de interessados;

- b) ampliação de conteúdo, que deve ter necessariamente caráter inter e transdisciplinar.

As atividades de pesquisa aplicada devem atender aos interesses da atuação ministerial, focando as prioridades estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. Nessa perspectiva, o desenvolvimento das pesquisas requer preferencialmente uma abordagem inter ou transdisciplinar.

As atividades de extensão devem propiciar a aproximação dos agentes políticos e administrativos com a sociedade, objetivando:

- a) a difusão dos valores democráticos;
- b) a capacitação dos agentes sociais para o exercício dos direitos de cidadania;
- c) a aproximação com a juventude acadêmica, na perspectiva da preparação dos futuros quadros institucionais.

#### **4. Cooperação, comunicação e territorialização**

Para o desenvolvimento do tripé ensino-pesquisa-extensão, o CEAF não pode prescindir dos instrumentos que permitam a cooperação técnica com as universidades e centros de pesquisa, abrindo canais permanentes e institucionalizados de interlocução com a comunidade científica.

Para a divulgação das atividades e dos seus resultados, deverá utilizar todos os meios disponíveis – das tradicionais publicações impressas aos novos suportes de difusão eletrônica.

Nessa linha, a territorialização do CEAF é indispensável. Os Núcleos Regionais devem funcionar como polos de desenvolvimento de todas as atividades típicas.

### **III – Conclusões**

1. Os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAFs) integram a estrutura dos Ministérios Públicos como órgão auxiliar, cabendo-lhes a formação e capacitação dos seus agentes públicos e a elaboração de pesquisas e projetos de organização institucional e de políticas públicas.

2. Os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAFs) integram o sistema público de ensino, na modalidade Educação Profissional (LDBEN, art. 39, *caput*), e subordinam-se, no âmbito de sua destinação, aos princípios e normas que informam e conformam o ensino público, dos quais, destacam-se: a) autonomia pedagógica (didático-científica); b) gestão democrática do ensino; c) acesso universalizado; d) gratuidade do ensino público; e) garantia do padrão de qualidade; f) pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas.

3. O CEAF tem como função precípua a produção e a difusão do conhecimento de interesse do Ministério Público mediante o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa e extensão.



4. Pelo cumprimento dessa função e pelo desenvolvimento dessas atividades, os CEAFs caracterizam-se como *escolas públicas de natureza institucional*, enquadrando-se no, sistema nacional de ensino, na modalidade Educação Profissional (LDBEN, art.39, *caput*).

5. Decorrente de sua função (produção e difusão do conhecimento), de suas atividades (ensino, pesquisa e extensão) e do público-alvo que buscam atingir (prioritariamente os quadros do MP), os CEAFs tem como objetivo central a melhoria do desempenho do Ministério Público.

6. No cumprimento de sua função, os CEAFs vinculam-se aos objetivos do Ministério Público enquanto instituição destinada constitucionalmente à promoção dos interesses estratégicos da sociedade brasileira. Por essa razão, suas atividades vinculam-se às políticas institucionais definidas democraticamente nos Planos e Programas de Atuação. Essa vinculação estratégica coloca o CEAF no arco de órgãos do Ministério Público responsáveis pela concretização da unidade institucional.

7. Os CEAFs, como órgãos responsáveis pela atualização cultural (formação e capacitação de quadros, elaboração e difusão da teoria do Ministério Público, discussão e definição de novas práticas), apresentam-se, no ambiente ministerial, como *locus* privilegiado de debate e de formulação de ideias e projetos relacionados ao desenvolvimento institucional.

8. Por força dos princípios da autonomia e da gestão democrática cabe aos CEAFs a definição dos seus rumos, a elaboração dos seus planos de trabalho e o planejamento das suas atividades, no sentido do cumprimento de sua missão institucional. Essa tarefa cria a necessidade-obrigatoriedade de cada CEAF elaborar, de forma participativa, o seu Projeto Político-Pedagógico (LDBEN, arts. 12, inc. I, e 14, inc. I).

9. Quanto à organização, os CEAFs não podem prescindir de um quadro próprio de professores, pesquisadores, assistentes técnicos e agentes administrativos. Também não podem prescindir de instâncias diretivas, compostas, no mínimo, por conselho e direção dotados de autonomia para a definição e desenvolvimento das atividades pedagógicas (ensino, pesquisa e extensão) e culturais.

10. Por força do princípio da autonomia, os diretores dos CEAFs deverão ser escolhidos pelo seu conselho para o cumprimento de mandato de quatro anos.

11. Por força do princípio a autonomia, os CEAFs deverão ser contemplados com rubrica própria no orçamento ministerial, com provisão de recursos do Tesouro Estadual.

12. Por força do princípio da autonomia, os CEAFs deverão contar em seus quadros diretivos com pessoa responsável pela ordenação de despesas.

13. Quanto ao espaço físico e recursos materiais, os CEAFs precisam ser dotados de salas de aula, de estudo e de reuniões; auditório; dependências condignas para o corpo diretivo, técnico e burocrático; biblioteca; estúdio de transmissão e gravação de aulas à distância; além de equipamentos necessários ao seu funcionamento.

14. As atividades de ensino desenvolvidas pelos CEAFs devem possibilitar acesso ao universo potencial de interessados e a ampliação de conteúdo, que deve ter necessariamente caráter inter e transdisciplinar.

15. As atividades de pesquisa aplicada desenvolvidas pelos CEAFs devem atender aos interesses da atuação ministerial, focando as prioridades estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. Nessa perspectiva, o desenvolvimento das pesquisas requer preferencialmente uma abordagem inter ou transdisciplinar.

16. As atividades de extensão desenvolvidas pelos CEAFs devem propiciar a aproximação dos agentes políticos e administrativos com a sociedade, objetivando a difusão dos valores democráticos, a capacitação dos agentes sociais para o exercício dos direitos de cidadania, a aproximação com a juventude acadêmica na perspectiva da preparação dos futuros quadros institucionais.

# ***LEGÍTIMA DEFESA INSTITUCIONAL***

*ANDRÉ SILVANI SILVA CARNEIRO*

A Legítima Defesa Institucional no âmbito do Ministério Público expõe a amplitude do conceito, incluindo a sua aplicação em especial na proteção de bens jurídicos imateriais, com o seu aproveitamento na salvaguarda da própria instituição...

**XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**Legítima Defesa Institucional**

**NO CAMINHO, COM MAIAKÓVSKI**

“Assim como a criança humildemente afaga a imagem do herói, assim me aproximo de ti, Maiakóvski.

Não importa o que me possa acontecer por andar ombro a ombro com um poeta soviético. Lendo teus versos, aprendi a ter coragem. Tu sabes, conheces melhor do que eu a velha história.

**Na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada.**

**Na segunda noite, já não se escondem: pisam as flores, matam nosso cão, e não dizemos nada.**

**Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada.**

**Nos dias que correm a ninguém é dado repousar a cabeça alheia ao terror.**

Os humildes baixam a cerviz: e nós, que não temos pacto algum com os senhores do mundo, por temor nos calamos.

No silêncio de meu quarto a ousadia me afogueia as faces e eu fantasio um levante; mas amanhã, diante do juiz, talvez meus lábios calem a verdade como um foco de germes capaz de me destruir.

Olho ao redor e o que vejo e acabo por repetir são mentiras. Mal sabe a criança dizer mãe e a propaganda lhe destrói a consciência.

A mim, quase me arrastam pela gola do paletó à porta do templo e me pedem que aguarde até que a Democracia se digne aparecer no balcão.

Mas eu sei, porque não estou amedrontado a ponto de cegar, que ela tem uma espada a lhe espetar as costelas e o riso que nos mostra é uma tênue cortina lançada sobre os arsenais.

Vamos ao campo e não os vemos ao nosso lado, no plantio. Mas no tempo da colheita lá estão e acabam por nos roubar até o último grão de trigo.

Dizem-nos que de nós emana o poder mas sempre o temos contra nós. Dizem-nos que é preciso defender nossos lares, mas se nos rebelamos contra a opressão é sobre nós que marcham os soldados.

E por temor eu me calo.

Por temor, aceito a condição de falso democrata e rotulo meus gestos com a palavra liberdade, procurando, num sorriso, esconder minha dor diante de meus superiores.

Mas dentro de mim, com a potência de um milhão de vozes, o coração grita - MENTIRA!”<sup>1</sup>

(grifamos)

---

<sup>1</sup> Poema escrito na década de 1960, como manifestação de revolta à intolerância e violência impostas pela ditadura militar. Divergências quanto à autoria a parte, trata-se inequivocamente de texto do poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa.

## 1. JUSTIFICATIVA

“Art. 127. 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**.”<sup>2</sup> (grifamos)

A ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis são conquistas inalienáveis, frutos de um árduo progresso da sociedade que, ao longo dos séculos, entendeu a sua importância e exigiu do legislador a proteção a bens jurídicos de natureza coletiva. Cabe ao Ministério Público a defesa desses postulados fundamentais já tão decantados na mais recente história da instituição.

A destacada norma é de aplicabilidade imediata e estabelece textualmente que o Ministério Público é **essencial à função jurisdicional do Estado**.

Jurisdição é o poder ligado a aplicação do direito ao caso concreto, na solução dos conflitos de interesses, com o objetivo de resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei. **Função** é uma atividade específica, complementar de outras atividades também específicas, cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado.<sup>3</sup>

Embora naturalmente não exercendo a função jurisdicional que, por vocação, é verdadeiramente desempenhado pelo Estado-juiz, o Ministério Público é **essencial** a que ela se realize de modo válido.

Nesse sentido, vejamos o que é tido como essencial, segundo a língua portuguesa:

*“**essencial** – 1. que é inerente a algo ou a alguém [a magnanimidade é sua qualidade e.] 2. que constitui o mais básico ou o mais importante em algo; fundamental 3. que é necessário, indispensável...”*<sup>4</sup>

Essa função jurisdicional é complexa, não se materializando em um ato único restrito ao julgamento. Desenvolve-se num conjunto de atos coordenados e complementares, que culminam com o julgar, mas que exigem a efetiva e prévia intervenção da Instituição ministerial, de modo marcante no que se refere a ação penal pública.

Por isso, na ação penal em que é titular o Ministério Público, essa condição de essencial à **função jurisdicional estatal** também não pode ser aceita apenas parcialmente, como ocorre na hipótese em que a instrução criminal se realiza sem a presença de um membro do Ministério Público, sequer sob a justificativa de que houve a intimação para o ato. É que tal intervenção não é uma faculdade da Instituição, mas um direito/dever, dado ao interesse da coletividade a uma Jurisdição perfeita e não apenas alegórica.

Vê-se, na hipótese, que a **função jurisdicional estatal** não é apenas **judicial**, mas também essencialmente **ministerial**. Deve, sem dúvida, ser exercida pelo Poder Judiciário, como já destacado, porém em coordenação com o Ministério Público, como o quer e exige a Constituição Federal.

Ligada a qualidade de ser **essencial à função jurisdicional**, está a incumbência da **defesa da ordem jurídica, do regime democrático** e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis**, encargos impostergáveis que somente poderão ser atendidos diante de uma intervenção real no processo penal.

Mas, na prática, insiste-se muitas vezes em se ignorar o caráter essencial da Instituição, sempre em nome de interesses imediatos que têm muito mais relação com a forma de administrar e pensar a curto prazo do que com o direito ou com o ordenamento jurídico nacional.

Este trabalho, dado inclusive ao espaço diminuto disponível e a potencial abrangência do tema, limita-se a uma abordagem sucinta e **exemplificativa**<sup>5</sup> do que seria a **legítima defesa institucional** no âmbito do Ministério Público, com enfoque na atuação processual penal.

<sup>2</sup> Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>3</sup> Marcello Caetano, “Manual de Ciência Política e Direito Constitucional”, Coimbra, 5ª Ed., pág. 137.

<sup>4</sup> (cf. obra “Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”, Ed. Objetiva, 2001, 1ª Edição).

<sup>5</sup> Vide item “1.4.” adiante.

## 1.2. Da legítima defesa – considerações elementares

“Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”<sup>6</sup>

O conceito jurídico-penal é aqui apresentado apenas como uma boa referência à discussão inicial do tema, já que nasce mesmo no direito penal o instituto e nenhuma dificuldade há na compreensão do que seja a legítima defesa segundo o código penal. Todavia, todos os direitos são defensáveis e a agressão injusta não precisa ser, necessariamente, um crime, como será melhor apresentado adiante.

É cediço que, ao reconhecimento da legítima defesa devem estar simultaneamente presentes a agressão injusta, atual ou iminente a direito próprio ou alheio, o emprego moderado dos meios necessários e o chamado *animus defendendi*.

Esclarece Maurach que, *por agressão deve entender-se a ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido*;<sup>7</sup> na lição de Welzel, *por agressão deve entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana*.<sup>8</sup>

O conceito jurídico comporta a inteligência de que a **agressão** que ampara a legítima defesa é **qualquer forma de abuso** e não apenas o ataque moral ou físico. Basta que se trate de **agressão injusta**.

Será **atual** a agressão quando já estiver efetivamente ocorrendo e **iminente**, a que está prestes a acontecer. Mas ainda é importante que se observe os **meios necessários**.

Para ROGÉRIO GRECO, em seu Código Penal Comentado – 8ª. edição, os “Meios necessários são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer.”

“A legítima defesa necessita que o uso dos meios necessários sejam suficientes para repelir a agressão. Varia de simples admoestação até o próprio uso de violência. No entanto, o defendente deve se utilizar, entre os meios de que dispõe para sua defesa, no momento da agressão, aquele que menor lesão pode causar. Além disso, é imperioso que seja moderado na reação, que não use o meio de forma a cometer excesso na repulsa” (TJSC, AC 2013.002261-1, Rel. Des. Ricardo Roesler, j. 12/3/2013).

Sobre a **moderação no uso dos meios necessários**, o mesmo Rogério Greco, na obra citada, esclarece que “Além de o agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso. Quer a lei impedir que ele, agindo inicialmente numa situação amparada pelo Direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, ultrapassando aquilo que, efetivamente, seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.”

A legítima defesa clássica ocorre quando se pratica um fato típico, previsto em lei como crime, para repelir a injusta agressão de outrem a um bem jurídico seu ou de terceiro. Assim, admite-se o cometimento de condutas tipificadas como infrações penais, mas eximindo o autor da responsabilização penal, dado a exclusão da ilicitude.

## 1.3. Da legítima defesa institucional

Busca-se ressaltar a aplicação do instituto da legítima defesa em outras diferenciadas hipóteses, embora com os mesmos propósitos de repelir uma injusta agressão.

A ideia de uma **legítima defesa institucional** comporta o entendimento de que o ato a ensejar a sua aplicação não é necessariamente típico, mas quase em regra semelhante a **uma infração administrativa**, como na recusa do membro em prosseguir na promoção da ação penal enquanto não repetidos atos praticados sem a intervenção do Ministério Público, em que pese possam tais atos considerados abusivos ser objeto de enfrentamento por remédio jurídico tradicional simultâneo (petição; recurso; mandado de segurança; provocação ao CNJ...).

Citados por ROGÉRIO GRECO, no seu Código Penal Comentado, 8ª. edição, Zaffaroni e Pierangeli prelecionam: “**A defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico**”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Código Penal – redação dada pela Lei n. 7.209, de 11/7/1984.

<sup>7</sup> MAURACH, Reinhart, *Derecho penal* – Parte general, v. II, p.209.

<sup>8</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 101.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manoal de Direito Penal Brasileiro*, p. 582.

Excepcionando a regra, Muñoz Conde assevera que *os bens jurídicos comunitários não podem ser objeto de legítima defesa*<sup>10</sup>, posição corroborada por José Cerezo Mir, quando afirma: *Os bens jurídicos supraindividuais, cujo portador é a sociedade (por exemplo a fê pública, a saúde pública, a segurança do tráfego) ou o Estado como órgão do poder soberano (a segurança exterior e interior do Estado, a ordem pública, o reto funcionamento da Administração Pública, da Administração da Justiça etc.), não são, por isso, suscetíveis de legítima defesa. Somente quando o Estado atuar como pessoa jurídica serão seus bens jurídicos (a propriedade, por exemplo) suscetíveis de legítima defesa.*<sup>11</sup> (Grifamos)

Compartilhamos do entendimento de que é perfeitamente natural e desejável o aproveitamento do instituto na defesa também de bens imateriais os mais diversos. No que se refere ao âmbito da atuação do Ministério Público isto é fundamental à proteção prática e eficaz de tais espécies de bens, como no caso de desrespeito ao **devido processo legal** ou ao **exercício privativo da ação penal pública**, por sinal ligada à **função jurisdicional do Estado**, cuja observância – e somente a sua plena e efetiva observância, traz a reboque a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No caso, sempre que o ato ilegal violar a Constituição Federal ou o ordenamento jurídico em geral, afetando **questões essenciais ao Ministério Público** ou à **ordem jurídica, ao regime democrático** ou aos **interesses sociais e individuais indisponíveis**, sem prejuízo ao uso dos instrumentos formais conhecidos, pode o membro em atuação ou a própria Instituição, em cada caso, valer-se do instituto da legítima defesa (institucional) para não se submeter ao ato violador.

A forma de legítima defesa discutida se justifica quando a hipótese de injusta agressão, mesmo comportando remédio jurídico tradicional, revelar-se ineficaz ou precária para a proteção dos relevantes interesses institucionais atingidos, quando patente o prejuízo e a injusta agressão aos bens jurídicos aqui já destacados, ainda que não seja possível a verificação imediata do dano ou mesmo que seja complexa ou subjetiva a sua constatação, **caso da realização de atos processuais penais sem a intervenção de um membro do Ministério Público.**

Chamamos aqui de **primária** a legítima defesa institucional, quando exercida diretamente pela própria instituição (órgãos superiores; maioria dos membros, por medida adotada em assembleia do órgão de classe); e **secundária**, aquela decorrente da adoção de medidas individualizadas e dirigidas a determinadas hipóteses no atuar das funções institucionais próprias do membro no caso concreto.

#### 1.4. Dos exemplos de agressão injusta e da aplicação da legítima defesa Institucional em casos concretos

A exposição de alguns casos concretos, em situações passadas no Ministério Público de Pernambuco, poderá melhor ilustrar a aplicação da legítima defesa institucional, sendo de se observar que em todas as hipóteses foram também simultaneamente utilizados outros meios de defesa clássicos.

##### 1.4.1. PRIMEIRO CASO: não repasse do duodécimo orçamentário ao MPPE (1996)

Talvez o maior exemplo do emprego da **legítima defesa institucional primária** tenha sido a greve adotada pelos membros da Instituição em assembleia extraordinária promovida pela AMPPE, em 19 de setembro de 1996.

A **injusta agressão** se caracterizou pela omissão e recusa do Governo do Estado de Pernambuco em instituir e repassar o quinhão referente ao denominado duodécimo orçamentário, constitucionalmente devido ao Ministério Público e imprescindível a implementação de sua autonomia financeira e administrativa. O montante é calculado de acordo com o valor da receita corrente líquida anual do Estado - art. 168, CF<sup>12</sup>.

A agressão, então, não era apenas injusta (violação de texto constitucional); era **atual** (e permanente); dirigida a **direito próprio** (repasse do duodécimo); a defesa se deu com o **emprego moderado dos meios necessários** (paralisação das atividades), e estava presente o *animus defendendi* (conservação do próprio interesse institucional e da Constituição Federal).

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria feral do delito, p. 247.

<sup>11</sup> CEREZO MIR, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 101.

<sup>12</sup> “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.”

Registre-se que, em que pese a adoção de providências legais, de ordem política, administrativa e judicial, foi apenas a medida extrema da greve, ainda que considerada sem base legal direta, que produziu os resultados desejados, fazendo com que o Estado de Pernambuco cumprisse a explícita determinação constitucional, que há oito anos vinha sendo ignorada.

#### **1.4.2. SEGUNDO CASO: afastamento sumário de membro do MPPE de suas funções institucionais pelo TJPE, por procedimento e decisão teratológicas**

Na verdade, tratou-se de uma **tentativa** absolutamente arbitrária de afastamento de um promotor de justiça de suas funções junto a uma das varas criminais da Capital no ano de 2006, a partir de medida liminar monocrática por um Relator em uma juridicamente impossível “exceção de suspeição”, proposta pelo Juízo de 1º grau, visando impedir a atuação do membro em todos os processos em curso na vara e alcançar a designação de um outro promotor por designação do Procurador Geral de Justiça. **Não teve efetividade apenas porque houve a aplicação do instituto da legítima defesa institucional em sua forma secundária.**

O procedimento e a decisão monstruosos surgiram depois que, ao longo de meses, falharam as reiteradas e inúmeras interferências “políticas” diretas junto ao Procurador Geral de Justiça de então, com o propósito de que o Chefe da Instituição removesse “espontaneamente” dali o promotor de justiça, que atuava na “precária” **condição de substituto.**

Embora “decisão judicial não se discuta”, **esta nunca foi cumprida.** Ali permaneceu vigente, mas sem eficácia - acanhada, durante muitos meses até as memoráveis decisões do próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Vale dizer, **nem** o promotor se afastou de suas funções, **nem** o Procurador Geral de Justiça designou um outro membro em seu lugar, agindo ambos em **legítima defesa institucional.**

Sem prejuízo a tal atitude de descumprimento a ordem judicial, paralelamente o promotor de justiça **propôs e obteve liminar em Habeas Corpus** interposto no STJ e mais tarde junto ao STF (Gilmar Mendes) contra o próprio Conselho Superior da Magistratura e a Presidência do Tribunal, para que lhe fosse assegurado o livre trânsito nas dependências do fórum Joana Bezerra e especialmente na Vara junto a qual atuava, já que havia rumores de que seria o promotor preso por descumprimento de ordem judicial – a contida na teratológica e por isso ineficaz “decisão judicial”.

Mais tarde, reagindo também de forma teratológica ao descumprimento da decisão, o próprio Conselho Superior da Magistratura Pernambucana autorizou ao Juízo de 1º grau em questão a realizar as audiências sem a intervenção de um membro do Ministério Público, passando a ser alvo de nova representação junto ao CNJ, que igualmente repeliu essa ilegítima medida administrativa.

Eis a perfeita possibilidade de aplicação do instituto da Legítima Defesa Institucional: **1) a injusta agressão é vista no uso de medida inaplicável ao caso, “travestida” de decisão judicial, atentatória a claras garantias e prerrogativas institucionais do Ministério Público e de seus membros – promotor e PGJ; 2) era atual (enquanto não invalidada); 3) dirigida a direito próprio e de terceiro (garantias e prerrogativas do MPPE e de membros); 4) deu-se com o emprego moderado dos meios necessários (não acatamento da decisão), com o *animus defendendi* (primordialmente, a defesa do próprio interesse institucional e da Constituição Federal).**

Ora, as medidas formais que corrigiriam mais tarde os abusos, provenientes do CNJ, somente foram conhecidas muitos meses após as teratológicas decisões em foco. Assim, acaso o PGJ e o promotor de justiça não tivessem usado do instituto da **legítima defesa** (institucional), deixando de se submeter à “determinação judicial” o prejuízo à Instituição seria ainda maior e talvez até mesmo irreparável, já que se tivesse atendido a ordem teratológica, designando outro membro para ali atuar, muito provavelmente o CNJ (meses após) entenderia que o procedimento perdera o objeto.

Finalmente, apenas em face da importância histórica do caso, transcreve-se abaixo trechos das jurídicas decisões do Conselho Nacional de Justiça sobre o caso, no PEDIDO DE PROVIDÊNCIA n. 797/2006 e PEDIDO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO n. 194/2006, dirigidos tanto à decisão liminar teratológica quanto a também monstruosa decisão administrativa do CSMPE, cuja íntegra continua à disposição no site do CNJ:

“No mérito, trata-se de medida administrativa atentatória ao ordenamento jurídico vigente. Nos termos do artigo 129 da Constituição Federal, o prosseguimento das ações e a realização de audiências sem a intervenção de um membro do MP tornam ilegais os atos judiciais praticados e prejudicam aqueles que dependem da prestação jurisdicional.



Considerando a independência funcional de que é dotado o Ministério Público, compete ao seu chefe, no caso o Procurador-Geral de Justiça, enquanto perdurar os efeitos da supra mencionada decisão, dispor sobre como se dará a representação da instituição junto à 10ª. Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Pelo exposto, determino a cassação da decisão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco consubstanciada no Ofício nº 497/2006-CM/Confidencial **impedindo que seja dado prosseguimento aos processos em que a atuação do Ministério Público é indispensável por mandamento legal.**” (Grifamos)

Relativamente ao PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS, a decisão dispõe o seguinte em sua parte derradeira:

“Este Conselho não pode admitir que o desenho constitucional de sua competência – a atuação administrativa, e não jurisdicional – seja estrategicamente empregada para blindar medidas de verdadeiro cunho administrativo que estejam violando os direitos de acesso à justiça dos cidadãos.

Por todo o exposto, indefiro o pedido formulado pelo requerente, por falta de competência do CNJ para reformar decisões judiciais *relativas aos processos já existentes*, **mas determino a sua imediata recondução à sua Vara de origem, podendo atuar normalmente em todos os processos futuros, sob pena de violação de garantias institucionais fundamentais do Ministério Público e da cidadania.**” (Grifamos)

#### 1.4.3. TERCEIRO CASO: Recomendação n. 01/2014 do CSMPE – realização de atos processuais sem um membro do MPPE

Vê-se a materialização de um grande retrocesso com a publicação, em 13 de novembro de 2014, da Recomendação n. 01/2014, do Conselho Superior da Magistratura, estimulando aos juízes de todo o Estado a realizarem atos no processo penal sem a intervenção de um representante do Ministério Público, **desde que tenha ocorrido a prévia intimação.**

Trata-se de ato unilateral do TJPE que contraria, inclusive, entendimento expresso em sentido oposto, firmado em conjunto pelos representantes máximos de cada uma das instituições de Justiça em Pernambuco, em 13 de janeiro de 2006: o Procurador Geral de Justiça; o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; a Defensoria Pública Geral; e o próprio Presidente do Tribunal de Justiça.

Na época, a assessoria de imprensa do Ministério Público de Pernambuco, no site da Instituição, divulgou o seguinte sobre o assunto:

“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.” (grifei)

O documento formal 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)

Na verdade, a Constituição Federal, como aqui antes destacado, eleva o Ministério Público à condição de **“essencial à função jurisdicional do Estado”** e não “apenas” como “indispensável à Justiça”. Imprescindível à Justiça de fato a instituição o é, mas também é essencial à função jurisdicional estatal.

Vê-se que o manifesto em questão relaciona o tema ao direito humano de acesso à justiça, exorta a que “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”, isto **“sob pena de negar-se vigência à normativa internacional e à Constituição da República.”**

Porém, ignorando completamente o **notável manifesto interinstitucional**, está em sentido contrário a Recomendação n. 01, de 13 de novembro de 2014, do próprio Conselho Superior da Magistratura de Pernambuco – CSMPE, **agora unilateralmente** exortando aos juízes com competência penal a realizarem audiência mesmo sem a intervenção de um membro do Ministério Público.

O texto apenas **condiciona a que tenha ocorrido a intimação para o ato**, pouco interessando até mesmo se no momento de tal formalidade já se sabia da existência de impedimento, muito menos ainda quando a impossibilidade surge de forma superveniente, circunstância que, diga-se de passagem, ocorre também a qualquer das demais instituições, naturalmente.

A Associação dos Membros do Ministério Público de Pernambuco – MPPE e antes o próprio Conselho Superior do Ministério Público de Pernambuco - CSMPPE adotaram providências em face do ato, a primeira acionando o CNJ e a outra **somente** recomendando aos Promotores de Justiça que examinem “se houve prejuízo” **após a realização do ato**, para que em tais casos seja adotada alguma medida jurídica, o que na prática parece convalidar o ato da magistratura, infelizmente.

A questão lançada à discussão, **no contexto da legítima defesa institucional**, é se isso bastaria, diante de **agressão** patente ao exercício da função ministerial mais elementar e que inequivocamente afeta não apenas a vigência de normativa internacional, mas especialmente a ordem jurídica interna, a partir do desrespeito à própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Impõe-se destacar que o prejuízo à Instituição, à Ordem Jurídica, à Sociedade, enfim, aos bens jurídicos imateriais atingidos ocorrem diária e repetidamente em todo o Estado de Pernambuco, mesmo após a medida apresentada perante o Conselho Nacional de Justiça pela AMPPE, que há mais de seis meses (meio ano) vem aguardando **um simples posicionamento acerca de pedido liminar**.

Assim, entende-se que a realização de atos processuais penais sem a intervenção de um membro do Ministério Público é uma **agressão injusta** à instituição, a ordem jurídica e à sociedade, ao afrontar o texto constitucional e normas infraconstitucionais inequívocas (golpeia a função privativa de promoção da ação penal); é **atual** (ou mais que isso, permanente); e é devida a **direito próprio e alheio** (funcional - do membro em exercício; da instituição; e da sociedade).

O enfrentamento, então, muito além do uso de medidas tradicionais que não oferecem resposta ao agravo teratológico, deve ocorrer com o **emprego moderado de outros meios necessários** (recusa em participar de ato subsequente interdependente – caso do julgamento pelo Júri, ou de prosseguir no feito, formal e fundamentadamente, até que se corrija a violação – promotores do júri da Capital já se posicionaram assim), presente o **animus defendendi** (defesa do próprio interesse funcional; da instituição; e da sociedade).

Poder-se-á em contrário argumentar que, **nos casos em que tenha ocorrido a intimação**, teria a própria Instituição dado ensejo a realização do ato sem a intervenção de um seu membro e que, por isso, **não seria injusta a agressão**; assim, a hipótese não seria de **legítima defesa (institucional)**. Tal raciocínio se nos afigura apressado, antes porque não se trata de faculdade da Instituição a intervenção em tais atos (como já assinalado), mas antes de um seu dever institucional – direito/dever vinculante e não disponível, o que decorre do ordenamento jurídico. É também **alheio** o interesse (há a sociedade e a cidadania, que esperam pelo desenvolvimento válido e regular do processo – o devido processo legal - o contraditório; a prestação jurisdicional estatal perfeita).

Ainda **na hipótese de ato instrutório passado**, é possível dizer que **a agressão não seria nem atual, nem iminente**. Na realidade, tratando-se de nulidade de caráter absoluto, entendemos ser permanente a agressão enquanto não reconhecido nulo o ato, mesmo que tenha tido a instituição oportunidade anterior de conhecer do vício e nada tenha manifestado (direito/dever) – e a garantia é dada à própria sociedade e dela não pode dispor o Ministério Público ou qualquer outra instituição. Fere-se de morte a Constituição Federal e a essencialidade do Ministério Público, o que também afeta o interesse coletivo.

Também se poderá argumentar que **há outros meios possíveis e legítimos** para a defesa do direito. E é verdade que existem, como já fora também aqui apontado, mas que mesmo assim **não afastam o direito à legítima defesa como mecanismo primeiro e mais eficaz** (quem tem contra si apontada uma arma pode correr em zig-zag para tentar escapar, mas também está autorizado a contra-atacar legítima e validamente de uma maneira posta ao seu alcance). Repita-se, de forma ilustrativa, que há mais de seis meses a AMPPE e todos os membros do Ministério Público aguardam uma decisão do Conselho Nacional de Justiça **apenas sobre o pedido de liminar**, enquanto permanece imaculada a teratológica Recomendação 001/2014, que autoriza e estimula juízes em todo o Estado de Pernambuco a promoverem a atos processuais penais sem a intervenção de um membro do Ministério Público, desde que apenas tenham sido intimados, pouco importando se poderão ou não se fazer presentes – buscam o cumprimento de uma formalidade, isto é, a mera intimação pessoal.

Reportamo-nos aqui, pois, as específicas circunstâncias críticas que afetam o atuar funcional e a própria essência do Ministério Público que, por serem tão graves devem ser repelidas de imediato, pelas formas que se mostrarem mais representativas e eficazes, **com um caráter não apenas meramente formal**, mas também político-institucional, de modo a deixar clara a repulsa a atos que não são válidos juridicamente, mas que mesmo assim afetam profundamente a razão de ser e a importância da Instituição frente a própria Constituição Federal, colocando em risco até mesmo a sua dimensão e existência futuras e bens imateriais inalienáveis que pertencem a coletividade, o que não é pouco.

Sabe-se que a lei não contém inutilidades, muito menos a **Lei Maior**, esta que em seu art. 127 estabelece ser o Ministério Público “essencial à função jurisdicional do Estado”. Se tal expressão constitucional de fato se tornar mera forma, mesmo que pelo uso da força e do arbítrio, como vem acontecendo em Pernambuco, logo poderemos ver mudanças no texto da Magna Carta bastante prejudiciais à Instituição e à sociedade brasileira.

Contudo, o que faria a Magistratura se promotores de justiça passassem a presidir audiências de instrução criminal quando da falta (justificada ou não) de juízes? Na ata, posteriormente juntada aos autos, seria lido: “Aberta a audiência, verificada a ausência do magistrado com atuação nesta vara criminal, passou o representante do Ministério Público a presidir os trabalhos, estando presentes as testemunhas, o acusado e o seu defensor constituído...” Sem dúvida, tal qual o que ocorre hoje com os fins almejados pela Recomendação n. 01/2014 do CSMPE, na prática se estaria promovendo ainda maior celeridade processual, porém isso não eliminaria a teratologia do ato, o que por igual razão não se deseja quando ausente o representante do Ministério Público.

Assim, apenas para bem ilustrar de que forma tais particularizados prejuízos se apresentam em decorrência do ato que ocorre sem a intervenção do Ministério Público, pontuamos a seguir algumas reflexões acerca dos danos: **ao processo; à função de custos legis; e à Instituição ministerial.**

#### 1.4.3.1. Do dano processual

Lamentavelmente, de há muito e mesmo bem antes da publicação da Recomendação 01/2014, do Conselho Superior da Magistratura de Pernambuco, diversas audiências no âmbito penal vêm sendo realizadas – às vezes a instrução processual inteira, sem a intervenção do Ministério Público, mesmo quando de conhecimento antecipado da impossibilidade de atender a atos simultâneos e incompatíveis com o número de profissionais, sendo notoriamente cedo no meio jurídico em Pernambuco a insuficiência de promotores de justiça diante de uma demanda exponencialmente crescente, bem como a desproporção para com o número de magistrados.<sup>13</sup>

A intervenção de um membro do Ministério Público na ação penal seria **apenas uma mera formalidade não essencial**, já que importante mesmo para dar validade jurídica efetiva ao ato processual é a intimação do membro. Segundo o Judiciário Pernambucano é suficiente dar notícia ao órgão do Ministério Público da realização do ato e com esta simples formalização garantir que a realização da instrução seja plenamente válida e cumpra sua elevada finalidade prática/jurídica, sequer importando se há força maior ou circunstância física impeditiva de que um mesmo membro da Instituição esteja em dois lugares ao mesmo tempo.

Contudo, sem a concreta intervenção de um membro do Ministério Público, a realização do ato parece gerar nulidade absoluta, que deveria ser evitada, mas declarada até mesmo de ofício em qualquer fase do processo, **ainda que tenha ocorrido a intimação do membro do Ministério Público** – mero protocolo necessário para dar conhecimento sobre a data e local da formalidade, apenas.

Ora, mais ainda até do que a simples presença ao ato, o membro do Ministério Público deve intervir com efetividade, sob pena de mesmo ali presente viciar o processo. É o que ocorre, em exemplo mais claro, quando em julgamento em plenário de júri o promotor silencia ou, mesmo usando da palavra, deixa de apresentar qualquer tese. Seria esse um direito do membro ou da Instituição?; O que se representa em tais singulares oportunidades?

Sendo verdade que o julgamento pelo Tribunal do Júri é um ato bem mais complexo do que uma audiência de instrução, num e noutro estão presentes as mesmas regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais para a sua validade e à razão de ser da intervenção ministerial. Não se pode falar em ato de

<sup>13</sup> A realização de atos processuais sem um representante do MP claramente dificulta ainda mais a solução do problema, inclusive a realização de concursos para o preenchimento de tantos cargos vagos, situação que há anos apenas se agrava. Se, por insuficiência de membros, audiências não se realizam, se atos processuais são declarados nulos, se há prejuízo ou retardamento do feito, isso não é devido ao próprio Ministério Público que, enquanto instituição, não pode se anular, aceitando a condição de mero titular apenas formal da ação penal.

maior ou menor importância, mas apenas em solenidades diferenciadas, porém guiadas e presas aos mesmos regramentos legais.

Noutra ponta, na falta de um defensor ao ato, mesmo que intimado da audiência, este será fatalmente adiado. Isso traz prejuízo à marcha processual, mas se trata de dano infinitamente menor do que a realização da audiência, porque imprescindível a intervenção de um defensor, que representa tecnicamente um ou mais indivíduos.

Ao nosso sentir, por razões de igual ordem legal, ausente o Ministério Público, **representante técnico da coletividade e essencial à função jurisdicional do Estado**, não se pode proceder a realização do ato, sequer ao descabido argumento de que se poderá demonstrar o prejuízo no futuro, pois este é inerente à realização do ato em tais circunstâncias, pelas várias e óbvias razões que por aqui se aponta à exaustão. Além da igual condição de parte, cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal e atuar como fiscal da lei, incumbências que são **necessárias e absolutamente insubstituíveis ou suprimíveis**.

Mas, se hoje se admite (e se a própria Instituição aceita) a realização da instrução processual penal sem a intervenção de um membro do Ministério Público, qual seria a surpresa com a futura designação de um “promotor ad hoc” diante da crescente falta de promotores? Se a ideia causa perplexidade e incredulidade, talvez valha uma reflexão detida sobre a gravidade que representa a realização desses atos **sem sequer um promotor ad hoc**, pois neste caso mesmo uma mínima e caricata representação parece melhor do que **nenhuma representação**. Conclusão: experimenta-se um momento ainda pior do que a do passado recente.

Destarte, a realização do ato sem um representante do Ministério Público, em qualquer hipótese, além de contrariar o basilar princípio da igualdade de tratamento às partes, ainda compromete aquelas privativas atribuições ministeriais e a própria função jurisdicional do Estado. Essa intervenção ministerial deve ser, pois, efetiva em todos os seus termos e nunca meramente simbólica.

Renomados doutrinadores têm posicionamento seguro 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)

No mesmo sentido é assim que leciona sobre o assunto Eugênio Pacelli:

“Isso porque a intervenção do Ministério Público nas ações públicas é uma exigência do contraditório, da mesma maneira que se exige a intervenção da defesa em todos os atos processuais em que estiver em disputa o interesse dela.

(...)

Trata-se de nulidade absoluta, na medida em que impede a participação de uma das partes no processo.”<sup>14</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho segue com o mesmo pensamento acerca da necessidade da participação de um representante do Ministério Público na instrução penal:

“Sendo o órgão do Ministério Público o titular da ação penal pública, seu comparecimento em todos os seus termos é obrigatório. Acusador e Defensor devem estar presentes em todos os atos do processo. O princípio do contraditório exige a presença de ambos. Realizado o ato sem a presença

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 660-661.

do Ministério Público, a nulidade é insanável. Se por acaso o Ministério Público não comparecer à realização do ato, cumprirá ao Juiz, a quem cabe prover à regularidade do processo, comunicar o fato ao seu substituto legal para que ele participe da audiência. Não logrando êxito, deverá redesignar a audiência, transmitindo o fato à própria Procuradoria-Geral de Justiça. A presença, pois, do Ministério Público, em todos os termos da ação por ele intentada, é de rigor, sob pena de nulidade.”<sup>15</sup>

Por seu turno e preservando o mesmo entendimento, Mougenot Bonfim nos ensina:

“Sendo o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, deve o representante do *Parquet* intervir em todos os termos da ação por ele intentada, sob pena de nulidade absoluta.”<sup>16</sup>

Ora, se a audiência não será jamais realizada sem a presença do defensor (**representação de interesse individual relevante, imprescindível e insubstituível**), não seria nunca de se admitir que o ato ocorra quando ausente o membro do Ministério Público (**representação de interesse coletivo relevante, imprescindível e insubstituível**). Ademais, além de parte no processo, também ali desempenha a Instituição funções **privativas**, sendo considerado **essencial às funções jurisdicionais do Estado**, tal qual o próprio Judiciário, enquanto a advocacia e a Defensoria Pública são **indispensáveis à administração da justiça**. Trata-se de incumbência inequívoca de ordem constitucional.

No caso, operando-se a instrução em distorcida forma, sem a participação da Instituição, chega-se a inevitável conclusão de que nenhuma importância se dá a efetividade da intervenção do Ministério Público, mesmo em se tratando de parte autora e promovente privativo da ação penal, considerada permanente **essencial à função jurisdicional do Estado**, repita-se até que isso se torne também fato.

É certo existir, quanto à classificação do sistema processual penal brasileiro, **alguns** que defendem ser ele **acusatório**, face a Constituição Federal (funções acusatória e de julgar não se concentrariam no mesmo órgão) e **outros** dizendo que seria **inquisitivo garantista** o sistema, em razão da legislação infraconstitucional.

Eis o que argumenta Guilherme de Souza Nucci, juiz de direito em São Paulo:

“(…) o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o **misto**. Registremos desde logo que há **dois enfoques: o constitucional e o processual**. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva...”

De fato, não se pode negar que o juiz brasileiro, de ofício: produz prova; decreta a prisão do acusado; e que se vale de elementos brotados longe do contraditório, para formar sua convicção.

Tal constatação, porém, não autoriza eliminar ou amainar a necessidade de intervenção do Ministério Público na promoção da ação penal, pois o magistrado ou a parte contrária não pode substituir o papel reservado privativamente à Instituição.

Sempre que o ato é realizado sem um membro do Ministério Público, duas são as possibilidades: **na primeira** o juiz se empenha sobremaneira para suprir tal ausência e isso se materializa em um número maior de perguntas mais rebuscadas, ainda que se policiando para não se esquecer de seu real mister, dando aso a figura do “**juiz acusador**” ou “**promotor ad hoc autoneameado**”; **na segunda**, queda-se na sua neutralidade costumeira, até pela sua formação e pelo dever de imparcialidade, avaliando-se com rigor e se contendo para não se deixar levar pela própria incompletude material do ato.

Num ou noutro caso, percebe-se a patente contraindicação para que assim se proceda ao ato, mas tudo se agrava com a constatação de que **nunca** restará suprida a necessária função de *custos legis* durante a solenidade atrevida, tampouco **jamais** se poderá apontar quem promovia a ação penal e nem se dizer que a prestação jurisdicional se desenvolveu de maneira a respeitar a expressos ditames e princípios

<sup>15</sup> TORINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado, 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 258.

<sup>16</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal anotado, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 946.

constitucionais, **mesmo que admitido como misto o sistema** (a atuação do juiz estaria excessivamente preservada e ultra exercida no processo, mas e o papel da acusação/*custos legis*?).

Evidencia-se que a realização de tais atos processuais sem a efetiva intervenção do Ministério Público representa antes de tudo um desrespeito à própria Constituição Federal, inclusive ao seu art. 127 (e ss.), porém ainda com repercussões em outros importantes dispositivos legais ordinários, restando comprometido o devido processo legal e atingido o interesse social implícito na razão de ser do atuar ministerial pleno.

Mas, a despeito de muitos desses questionáveis atos processuais datarem de **período bem anterior ao da destacada recomendação**, tal prática de qualquer modo viola o princípio da legalidade, ao ignorar totalmente os termos do art. 129, I, da Constituição Federal e ainda os arts. 257 e 564, III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Por contrariar expressamente a tais normas, o ato administrativo do Conselho Superior da Magistratura de Pernambuco está eivado de nulidade, em que pese não ser vinculativo, preservando a autonomia do magistrado já que se trata de recomendação.

Opta-se por postura unilateral, surpreendente e teratológica, paliativo que não resolve o problema da lenta prestação jurisdicional, mas antes o agrava e retarda e dificulta a real solução, acrescentando outras mazelas ao sistema de justiça. Tal recomendação é ato humano do gestor do momento e sem qualquer fundamentação jurídica, com o só propósito de alcançar uma marcha processual mais rápida, a qualquer custo.

A ideia de se promover assim a tão almejada celeridade processual, aproxima-se ao pensamento de que os fins justificam os meios. A rápida “prestação jurisdicional” justificaria o descarte do Ministério Público durante a instrução da ação penal, ainda que a Constituição Federal estabeleça que a “função jurisdicional do Estado” somente é possível com a intervenção do Ministério Público – “essencial”.

Tudo isso ocorre ainda que em choque com a ordem jurídica e com os próprios fundamentos jurídicos antes apontados no **manifesto coletivo** aqui citado, praticando-se exatamente o oposto.

Independente das subjetividades processuais sempre discutíveis, isso gera evidente e inegável **prejuízo à condição de parte e de fiscal da lei privativas** do Ministério Público no processo penal e ainda a **própria Instituição**, comprometendo o interesse público e social, inclusive ao direito humano de acesso regular à Justiça, com respeito à função jurisdicional do Estado em sua completude, como insistimos ainda a demonstrar.

#### 1.4.3.2. Do prejuízo à condição de parte e *custos legis* privativas do Ministério Público

Na promoção da ação penal, **além de parte**, indeclinável e insubstituivelmente o Ministério Público exerce a função de *custos legis*, o que se revela marcante em diversas oportunidades: **1.** quando levanta questões de ordem durante o ato; **2.** ao requerer a revogação de preventiva ou o relaxamento da prisão em flagrante ou mesmo a prisão preventiva, por circunstâncias supervenientes (medidas sempre de caráter urgente); **3.** ao pedir a formação do incidente de insanidade mental; **4.** ao constatar a necessidade de determinada diligência, cujo exame efetivo somente se operaria meses após a realização do ato se estivesse ausente, etc., tudo isso trazendo prejuízos imprevisíveis e assim comprometendo uma adequada promoção da ação penal.

É na instrução processual e somente nesse momento – **estando presente ao ato** – que o membro do Ministério Público fará valer a incumbência constitucional de sua essencialidade à função jurisdicional **estatal**, não apenas formulando as perguntas ou requerimentos que entender pertinentes, mas acompanhando o desenrolar da produção da prova, até mesmo a forma como o ato está sendo conduzido, desde o início até o final.

Presente e intervindo o Fiscal da Lei pode questionar determinada expressão ou palavra no contexto do caso concreto, pedir a consignação de algo que se revelou omissivo ou obscuro e registrar o seu protesto em caso contrário, contraditar a testemunha, requerer diligências complementares que somente se revelam no conjunto da prova produzida no momento em que se acompanha a instrução.

Somente dessa maneira restará atendido o propósito constitucional – e não depois do ato concluído e inflexível, postergado no tempo o seu exame a momentos os mais diversos, muitas das vezes somente quando do estudo do feito para a preparação ao julgamento pelo Tribunal do Júri, por exemplo.

Note-se que é na produção da prova que reside todo o suporte da prestação jurisdicional do Estado, a que o Ministério Público é considerado, constitucionalmente, essencial.

E tudo isso denota, apenas exemplificativamente, o quanto é equivocado o entendimento de que a simples intimação do “Parquet” para o ato teria o condão de validá-lo.

A verdade é que a realização da formalidade fundamental, sem o Ministério Público, irremediavelmente compromete a função de *custos legis* privativa dos seus membros, residindo aí claro prejuízo processual, que compromete não apenas função indelegável, como o próprio devido processo legal.

Apenas à guisa de melhor esclarecimento, apresentamos alguns exemplos de situações concretas: 1. início de instrução com a presença de outras testemunhas a serem ouvidas no mesmo processo; 2. interrogatório com acusados desnecessária e injustificadamente algemados (sem protesto da defesa); 3. instrução iniciada com a “presença” registrada em ata de defensor público (que assinaria a ata depois)...

Demonstra-se que, mesmo a oportunidade de conferência a *posteriori* da ata que materializa o ato em que esteve ausente o membro do Ministério Público não supre a necessidade de sua presença e intervenção plena em absolutamente todos os atos do processo penal, sobretudo no que se refere a promoção da ação penal, maculando de forma incorrigível a prestação jurisdicional, que não deve se revestir apenas de aparência.

Ademais, sabe-se que ainda que seja possível a demonstração pelo Ministério Público e o reconhecimento posterior do prejuízo pelo Judiciário, dando ensejo a repetição do ato, há riscos importantes na busca de tal repetição, os quais muitas vezes envolvem a própria segurança de testemunhas e vítimas ou mesmo a qualidade do depoimento a ser colhido, postergado que estará a data na maioria das vezes bem distantes do ideal e desejável.

Constata-se que por qualquer ângulo que se vê, mesmo do ponto de vista estritamente prático, parece desaconselhável a realização do ato sem a intervenção do Ministério Público.

#### 1.4.3.3. Do prejuízo institucional

De início, insta ressaltar a condição de agente político do magistrado, o que naturalmente impõe um maior comprometimento da função judicante com a sociedade, exigindo do juiz grande responsabilidade em seu atuar e uma visão holística relativa às consequências do processo e do exercer de suas funções, muito além das questões e objetivos imediatos e das pressões que sofre em face a sua especial condição.

Fato público e notório para os que labutam no meio forense Pernambuco é a difícil realidade enfrentada pelo Ministério Público Estadual, diante de uma defasagem enorme de membros e servidores, inclusive com a necessidade de criação de novos cargos e de outros de há muito existentes e não providos, passando a Instituição por sérias restrições orçamentárias, que hoje também dificultam a realização de concursos e sobretudo de nomeações, inclusive no que se refere a atividade meio (o duodécimo é fonte única de receita).

A gravidade disso e suas consequências não têm sido capazes de sensibilizar a sociedade e nem sequer os coirmãos operadores do direito que, ao contrário, aliam-se sem reclamar a supostas soluções apresentadas à falta de promotores de justiça, como é melhor exemplo a comentada Recomendação n. 01/2014, do Conselho Superior da Magistratura.

Mas, somente o exame apressado das circunstâncias levaria a ideia de que se trata de um problema exclusivo do Ministério Público, já que mal não há a afetar a Instituição que não venha em prejuízo de toda a sociedade, ainda que a longo prazo e mesmo que de forma despercebida.

Instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, promotor privativo da ação penal, o Ministério Público serve a todos. Fragilizado, mais vulnerável está a coletividade, onde todos nós estamos inseridos.

A prática reiterada, crescente e já consolidada que se tem verificado quanto à realização de audiências criminais sem a efetiva intervenção do Ministério Público, mesmo antes da multicidada recomendação do CSMPE, talvez seja um dos caminhos mais rápidos à demonstração de que o órgão na verdade não é **essencial à função jurisdicional do Estado**, ao contrário do que expressamente assevera a Constituição Federal e, claro, do próprio entendimento da língua portuguesa.

Seria mesmo necessário, indispensável (essencial), um Ministério Público ao qual se garanta, no processo penal, apenas o **oferecimento da denúncia**, de **alegações finais** e a atuação no plenário do júri? Residiria nestas pontuais atuações o essencial desta instituição à função jurisdicional do Estado? A simples intimação do Promotor de Justiça para a audiência de instrução, representa o reconhecimento desta indispensabilidade, autorizando a realização de ato processual, independentemente da efetiva intervenção de um



membro? O propósito do legislador constituinte era meramente formal? Quais as consequências disso a médio e longo prazo? Isso impulsiona o Poder Público a resolver a causa da falta de promotores ou torna mais remota a solução efetiva?

Se as respostas forem positivas, então que se promova logo as criações do que se poderia chamar de CENTRAL DE ALEGAÇÕES FINAIS e CENTRAL DE RECURSOS DA 1ª INSTÂNCIA, a exemplo e em complementação do que já ocorre com a **Central de Inquéritos da Capital** e a **Central de Recursos da Procuradoria Geral de Justiça**.

Concluída a instrução, com o **juiz e defensor** apenas, remeter-se-ia os autos à CENTRAL DE ALEGAÇÕES FINAIS; proferida a sentença, seria a vez da CENTRAL DE RECURSOS ser acionada, tomando conhecimento do seu teor e recorrendo, em sendo o caso.

Talvez tais projeções pareçam um exagero, mas coisas ainda mais graves já estão acontecendo... Feito na 1ª. Vara Criminal de Paulista (Proc. n. 0004860-15.2009.8.17): **1)** encerrada a instrução sem que o MP participasse de nenhuma parte do contraditório (sequer interrogatório; a defesa, mesmo presente, silenciou por completo em todos os atos); **2)** o tempestivo protesto formal e expresso do promotor natural do caso nos autos, para que fossem anulados os atos e refeita a instrução foi sumariamente ignorado; **3)** em seguida foi proferida decisão de pronúncia **sem as alegações finais** do Ministério Público. Quem está promovendo essa ação penal? Quem dela é o titular? Neste caminhar, **QUEM FARÁ A ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO?**

Em passado recente, até mesmo a condenação sem o oferecimento das alegações finais pelo MPPE já se viu acontecer em diversos feitos que tramitaram (ou que ainda tramitam) junto à 10ª. Vara Criminal da Comarca do Recife e há outros casos semelhantes que nos tem chegado ao conhecimento, especialmente no interior do Estado de Pernambuco.

Isso nos diz, claramente, que não se trata do ato isolado de um ou outro magistrado, mas da formação e fortalecimento de uma cultura equivocada do Poder Judiciário Pernambucano, baseada em prática absolutamente arbitrária, mas que é talvez estimulada pela omissão da própria Instituição, dado a ausência absoluta de uma reação Institucional à altura da gravidade dessas agressões injustas, as quais se repetem em todos os casos em que a violação se mostra desejável ou conveniente.

Eis o tão desejado, para alguns, amesquinamento do Ministério Público ou, quiçá, o início do fim.

Se realmente o querem, promova-se para tanto ao menos a mudança do texto constitucional e de algumas leis ordinárias, para que os que defendem efetivamente o Estado Democrático de Direito possam mais facilmente continuar lutando para que o necessário se torne concreto.

Os fatos apresentam uma constatação alarmante, mesmo apenas no que se refere ao dado de inúmeras audiências que se realizam sem o Promotor de Justiça, de modo sistemático e consolidado, como se tem visto no presente e já de há tempo.

Claramente, o entendimento de que a simples intimação para o ato é capaz de validar a sua realização sem a simultânea intervenção do órgão essencial, equivale a considerar que, **necessário e indispensável** mesmo é a mera formalidade noticiatória, o que significa ignorar a razão de ser da intervenção Ministerial e representa uma clara afronta ao texto constitucional.

Assim, a solução adotada com cada vez maior frequência para justificar a celeridade processual e a preocupação com a prestação jurisdicional não leva em conta a violação da Constituição Federal ou o prejuízo institucional, constitucional e coletivo que ela traz em si mesma, sendo que a *bem intencionada* prática vai se firmando como um mal que já se anuncia desastrosamente perigoso e agora institucionalizado por uma recomendação aos juizes por órgão superior da Magistratura, mesmo que unilateralmente ignorando entendimento pactuado em passado recente pelas cúpulas do próprio Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da OAB em Pernambuco... Até diante do óbvio.

A um só tempo, a realização de audiências sem a intervenção do Ministério Público **fulmina** a essencialidade do *Parquet* à função jurisdicional do Estado e **dificulta** a busca de soluções legítimas ao problema da falta de membros, como a discussão sobre questões emblemáticas ligadas ao orçamento e ao cálculo de receitas relativas ao repasse do duodécimo orçamentário, o que implica, entre outras coisas, na impossibilidade de nomeação de novos Promotores de Justiça, mantendo permanente o ciclo odioso da insuficiência de membros e discrepância escandalosa de paridade com a magistratura, mesmo quando se sabe que promotores de justiça quase sempre detêm uma jornada dupla de atividades em conflito: judicial e extrajudicial.

Claro está que se a instrução do processo se presta à sua elevada finalidade sem a intervenção do *parquet*, muito menor será a necessidade de novos Promotores de Justiça ou de receita para essa e



outras ações necessárias ao incremento do essencial (?) serviço ministerial, pois a prestação jurisdicional estará **de qualquer forma** “sendo realizada”.

E o mal ainda não acaba neste ponto, pois outros consequentes abusos vêm se sucedendo atrevidamente, diante do um incompreensível silêncio institucional e às vezes até aquiescência, como no caso da recomendação do CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que admite expressamente como natural a realização da instrução criminal sem um membro da Instituição, apenas recomendando que se observe se houve prejuízo, a partir do teor da ata que materializou o ato sem o Ministério Público (...**se houve** prejuízo?).

Não é de se esperar que os destinatários dos relevantes serviços da Instituição – a sociedade brasileira – compreenda a gravidade dessa e de outras sutis realidades. Não tão facilmente e nem tão depressa que seja possível garantir que serão sanadas as mais profundas consequências. Isso cabe primordialmente aos membros do Ministério Público de Pernambuco, mas especialmente aos órgãos superiores.

O que a princípio pode parecer positivo para a conclusão de um ou de outro caso e mesmo de muitos casos, na verdade a médio e longo prazo tem se revelado e ainda se mostrará bastante prejudicial ao próprio Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a toda a sociedade brasileira.

Nota-se, mais do que a realidade vexatória que se vê empregar como solução à ausência do membro em audiência, **uma enviesada forma de driblar a vedação à figura do Promotor *ad hoc***. Mas, se não pode atuar quem não seja membro do Ministério Público nos atos privativos da Instituição, parece ainda mais inconcebível que se realize o ato na forma por agora eleita, isto é, **sem nenhum representante**.

## **2. Das conclusões**

Em face a todos os argumentos e fatos expostos, são as seguintes as conclusões a apresentar:

- a)** todos os direitos são defensáveis por meio da legítima defesa e a agressão injusta não precisa ser, necessariamente, um ilícito penal. Um ato administrativo ilegal pode caracterizar uma injusta agressão;
- b)** a **legítima defesa institucional** no âmbito do Ministério Público expõe a amplitude do conceito, incluindo a sua aplicação em especial na proteção de bens jurídicos imateriais agredidos injustamente, com o seu aproveitamento na salvaguarda da própria Instituição, da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sem prejuízo ao emprego simultâneo de outros mecanismos legais tradicionais conhecidos.

Recife (PE), 19 de agosto de 2015.

ANDRÉ SILVANI DA SILVA CARNEIRO

***POR UMA ESTRUTURAÇÃO  
DE ÓRGÃOS AUXILIARES CRITERIOSA  
E ADEQUADA À  
MISSÃO CONSTITUCIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO***

*MÁRCIO SOARES BERCLAZ*

1) Priorizar a estruturação de órgãos auxiliares, buscando um padrão de acordo com a natureza das atribuições de cada órgão de execução. 2) Sistema informatizado e digital e 3) nova normativa para reger o controle estatístico e estruturação dos órgãos auxiliares.

**Título: Por uma estruturação de órgãos auxiliares criteriosa e adequada à missão constitucional do Ministério Público**

**Autor:** Márcio Soares Berclaz - membro do Ministério Público desde 2004, Promotor de Justiça titular da 4a Promotoria de Justiça de Almirante Tamandaré/PR e Campo Magro/PR, Mestre em Direito do Estado (UFPR - 2011/2013), Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR - 2013/2017). Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público (GNMP), do Movimento do Ministério Público Democrático (atual 2o Vice-Presidente) e de outras entidades associativas. Email para contato: mberclaz@mppr.mp.br

**Exposição ou justificativa:**

Parte-se do pressuposto de que o Ministério Público brasileiro, notadamente os Ministérios Públicos Estaduais, ainda tem um número insuficiente de servidores como espécies de órgãos auxiliares comparativamente aos membros. Documento produzido pelo Ministério da Justiça, mais especificamente pela Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, denominado “Diagnóstico Ministério Público nos Estados”, divulgado em 2006, revelou que para cada auxiliar do Poder Judiciário existia apenas 0,07 (zero vírgula zero sete) servidor equivalente no âmbito do Ministério Público. Por mais que o decurso de tempo significativo entre a referida pesquisa e o presente momento permitam presumir que houve melhora nesta equação, na falta de dados que comprovem uma mudança de quadro, presume-se a persistência do problema.

Tomando de empréstimo o que já se disse em outra ocasião, “na definição da política institucional de recursos humanos, urge compreender o Ministério Público não só pelos ‘olhos’ dos membros - promotores e procuradores de justiça - mas também pelas ‘mãos’ dos indispensáveis servidores, uma vez que ambas as categorias, cada qual com suas atribuições, desempenham atividade finalística voltada ao cumprimento da missão constitucional”<sup>1</sup> (...) “Esta nova ordem de existência propõe, em síntese, ao lado da racionalização e da regionalização, (...) (3) Reestruturar serviços auxiliares, como alternativa imediata e factível para suprir os insuficientes recursos humanos e contornar os rígidos limites orçamentários e fiscais”<sup>2</sup>.

Há uma equivocada cultura<sup>3</sup>, que precisa ser urgentemente modificada, que por vezes estabelece verdadeiro fosso e divisão entre membros e servidores, quando, em verdade, a instituição é uma só e depende da soma de esforços e da valorização de todos os seus recursos humanos, independente de classe ou categoria. Prova simbólica dessa cultura equivocada reside no fato de os servidores do Ministério Público, de modo geral, não participarem do processo eleitoral e decisório da instituição, notadamente no que diz respeito a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

Agravando esse processo, de modo geral, percebe-se que as associações e os sindicatos de servidores do Ministério Público não parecem dispor da estrutura e, por vezes, do desprendimento e autonomia necessários para propiciar maiores enfrentamentos e discussões no tocante ao tema em questão.

Respeitadas as diferenças decorrentes da própria natureza, dificuldade de acesso ao cargo e do próprio nível de responsabilidade, para o funcionamento da instituição não há diferença da importância entre o servidor que atende o cidadão no telefone ou pessoalmente e que contribui para que o transporte dos servidores funcione, que autua documentos no protocolo, que recebe ou devolve processos, que cumpre deliberações em procedimentos extrajudiciais, que contribui para organizar o arquivo da instituição, que trabalha na gestão de recursos humanos, que serve a administração superior, que presta expediente no cada vez mais relevante setor de informática, entre outras possibilidades. Todos os órgãos auxiliares, notadamente aqueles que são de apoio administrativo (Artigo 8o, IV, da Lei 8.625), são essenciais para que o Ministério Público possa atender à exigência prevista no artigo 127 e 129 da Constituição da República.

<sup>1</sup> BERCLAZ e CASTRO, 2014, p. 204.

<sup>2</sup> Idem, p. 207.

<sup>3</sup> A propósito disso e um de seus reflexos numa leitura contemporânea e crítica do Ministério Público como instituição, é o posicionamento de Geisa de Assis Rodrigues, 2014, p. 263: “Na verdade, trabalha-se muito, existe muito dispêndio de energia, mas com pouco resultado prático. Urge a estruturação de uma atuação estratégica que deve inspirar a utilização dos mecanismos de atuação extrajudicial à disposição do Ministério Público. Esse tipo de raciocínio exige uma mudança de cultura, uma verdadeira releitura do princípio da unidade, pois demanda a atuação coletiva de membros do Ministério Público, e a submissão do trabalho a controles de resultados para averiguação da consecução das metas definidas pelo Ministério Público em conjunto com a sociedade”.

POR UMA ESTRUTURAÇÃO DE ÓRGÃOS AUXILIARES CRITERIOSA  
E ADEQUADA À MISSÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por mais que esteja havendo o gradativo incremento de órgãos auxiliares, percebe-se que essa evolução precisa estar orientada a partir de critérios objetivos adequados que atendem para a realidade de cada órgão de execução, especialmente em relação aos atuantes em primeiro grau de jurisdição.

Não é possível imaginar que uma promotoria criminal tenha as mesmas necessidades de estrutura auxiliar de uma promotoria da infância e juventude ou mesmo de promotorias cujas principais atribuições são extrajudiciais ou especializadas. Desse modo, é inadmissível que a busca de uma “estrutura mínima” de Promotorias seja pensada de modo igual ou uniforme, independente das atribuições específicas de cada órgão de execução. Embora a instituição seja a mesma, as realidades, as rotinas e as atividades das Promotorias de Justiça guardam variação de acordo com a natureza das atribuições.

Não obstante a pluralidade das composições possíveis, entende-se que existem quatro grandes categorias de órgãos de execução na realidade do Ministério Público Estadual: criminal, com atribuição na infância e juventude, atribuição especializada (patrimônio público, saúde pública e meio ambiente) e outras áreas (intervenção cível residual, família etc).

Assim, do mesmo modo que uma Promotoria criminal pode ter necessidade de incrementar a atividade de assessoria processual, tendo em vista que o básico de sua atividade é análise de investigações preliminares e ações penais, a Promotoria da Infância e Juventude precisa dispor de profissionais de outras áreas do conhecimento para o desempenho de suas atividades (ex: psicólogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais etc) - seja para decidir posição quanto a um acolhimento institucional ou para que haja critérios na proposta de remissão após oitiva informal, enquanto que, de modo geral, as Promotorias de atribuição extrajudicial ou especializada precisam de servidores capazes de dar cumprimento e andamento aos diversos expedientes em andamento, sem afastar a previsão de servidores vinculados a determinadas áreas do conhecimento para realização de perícias e auditorias. Nesse sentido, defende-se que “a definição da política institucional de recursos humanos precisa compreender o Ministério Público como espaço profissional para atuação de membros (gestores) e servidores (colaboradores), uma vez que ambas as categorias desempenham atividade voltada ao cumprimento da missão constitucional”<sup>4</sup>.

A falta de observância desses aspectos implica não só na má distribuição de recursos humanos, mas na desproporção e equiparação indevida entre servidores que, embora exerçam diferentes funções, possuem injustificada diferença na carga e volume de trabalho, quando a distribuição dos recursos humanos precisa atentar para as atribuições exclusivas judiciais ou extrajudiciais ou mesmo as tão costumeiras atribuições mistas, nesse último caso considerando, sempre que possível, a natureza predominante da atribuição exercida, se mais judicial (como ocorre normalmente com as Promotorias Criminais, ainda que muitas exerçam atividade extrajudicial de controle externo) ou especializada.

Tendo em vista que o planejamento estratégico institucional é uma realidade em todas as unidades do Ministério Público, inclusive por força de normativa oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), entende-se que os próprios membros e servidores vinculados à esta missão devem atentar para esse aspecto, o que deve ser feito a partir da análise de dados quantitativos e qualitativos.

Do mesmo modo, cabe à Corregedoria-Geral do Ministério Público, na sua função típica de orientação e fiscalização, aproveitar o conhecimento que tem da realidade das unidades, seja a partir das inspeções e correições presenciais, seja a partir dos dados estatísticos que cobra e recebe periodicamente, para propor e cobrar da Administração Superior do Ministério Público a adoção de providências para que haja uma estruturação adequada da unidade. Nesse sentido, importante lembrar o teor do artigo 17, incisos VII (“remeter aos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público informações necessárias ao desempenho de suas atribuições”) e VIII (“apresentar ao Procurador-Geral de Justiça, na primeira quinzena de fevereiro, relatório com dados estatísticos sobre as atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça, relativas ao ano anterior”)<sup>5</sup>.

Não basta à Corregedoria-Geral, portanto, limitar-se a fiscalizar a formal observância do disposto no artigo 25, parágrafo único, da Lei 8.625/93 (“É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, sob pena de nulidade do ato praticado”) - dispositivo de previsão acertada, inclusive em respeito ao princípio da oficialidade que há de nortear a função pública, mas sim é de se esperar que o referido órgão adote

<sup>4</sup> BERCLAZ e CASTRO, 2014, p. 209.

<sup>5</sup> Nesse sentido, essas e outras críticas compatíveis com o que se propõe foram objeto de estudo específico: BERCLAZ, 2013.

providências efetivas para viabilizar que as Promotorias de Justiça enquanto órgãos de execução disponham da estrutura adequada para o bom desempenho das atribuições tanto judiciais como extrajudiciais.

É fundamental que, respeitada a estruturação da carreira de cada Ministério Público, haja clareza na apresentação dos órgãos auxiliares disponíveis, sejam eles de provimento efetivo, comissionado ou mesmo derivados de estágios de ensino médio, graduação ou pós-graduação, a fim de que, mais do que um paradigma geral, seja definido um padrão próprio para cada tipo de Promotoria, sem prejuízo de que, em circunstâncias excepcionais, indicadas a partir de critérios objetivos, de preferência com a supervisão do Conselho Superior do Ministério Público, possa haver a estruturação dos órgãos auxiliares de modo diferenciado e excepcional, inclusive sob o ponto de vista temporal (ex: regime de força tarefa).

Aliado a isso, inclusive para permitir redimensionamentos e reformulações, é fundamental que, além dos mecanismos tradicionais de acompanhamento de horário (ex: cartão ponto), existam meios informatizados e digitalizados, de caráter diário, capazes de permitir a avaliação do rendimento e da produtividade de cada um dos servidores, especialmente considerando a existência de uma tabela unificada que prevê os atos típicos dos servidores do Ministério Público, máxime tendo em vista a necessidade última de prestação de contas à sociedade.

A existência de um sistema informatizado e de informação do Ministério Público capaz de armazenar os atos praticados por cada um dos servidores (colaboradores) é fundamental para permitir mecanismos mais eficientes e adequados para alocação de recursos humanos, o que precisa ser feito a partir de critérios estritamente técnicos e relacionados ao bom funcionamento do serviço de modo a equilibrar o binômio qualidade-quantidade.

No tempo da tecnologia da informação, vigendo o princípio da eficiência para a Administração Pública (artigo 37, “caput”, da Constituição), é inconcebível que o único controle e acompanhamento que a instituição faça do trabalho dos seus servidores seja aquele referente ao controle da frequência por intermédio do “ponto”, inclusive para divulgação de resultados e devida prestação de contas interna e externa. Esse é o sentido, aliás, da própria ideia das tabelas unificadas (com suas categorias de classes, assunto e movimentação), previstas pela Resolução n. 63 do CNMP, que inclusive tem módulo e códigos específicos para as atividades desenvolvidas pelos servidores.

Não por acaso exige-se critérios e parâmetros para estruturação adequada de setor de informática ou de tecnologia da informação, preocupação do próprio Conselho Nacional do Ministério Público, conforme e depreenda das Resoluções n. 70 (estabelece diretrizes básicas para a instituição do Comitê Estratégico de Tecnologia no âmbito do Ministério Público) e 102 (disciplina no âmbito do Ministério Público brasileiro, procedimentos relativos à contratação de soluções de tecnologia da informação); da mesma forma, a Resolução n. 74 do CNMP também é específica ao prever informações sobre o desempenho dos recursos humanos da instituição.

Corroborando essa necessidade, a propósito, como já restou dito em outro momento, em reflexão que procura enfatizar a importância da estruturação adequada de órgãos auxiliares para o funcionamento do Ministério Público, “como alternativa para solucionar a insuficiência dos recursos humanos, a reestruturação dos órgãos auxiliares de suporte técnico e administrativo mostra-se necessária e preferencial à política de criação assistemática de novos cargos de membros, sendo certo que esta deve ocorrer com base em critérios metodológicos e em dados fornecidos pelo sistema de informação ministerial, sem parametricidade necessária com o Poder Judiciário” (BERCLAZ e CASTRO, 2014, p. 11).

Do mesmo modo que a especialização dos membros do Ministério Público em determinadas matérias permite uma atuação finalística mais eficaz e qualificada, o mesmo vale para a definição dos órgãos auxiliares, seja porque os potenciais e as virtudes são distintos, seja porque a presença de um estruturado plano de carreira, aliada com uma política de formação permanente dos servidores<sup>6</sup> mais voltada e direcionada para uma área determinada de atuação funcional, permite a extração de melhor rendimento e, conseqüentemente, a obtenção de melhores resultados. Esse mais um argumento favorável ao parâmetro proposto.

---

<sup>6</sup> BERCLAZ e CASTRO, 2014, p. 209: “A riqueza do patrimônio humano exige valorização do quadro auxiliar em todos os seus aspectos, notadamente na organização da carreira, no estabelecimento de adequada política remuneratória, bem como na mobilização de esforços para permanente formação continuada e capacitação, pois só assim o Ministério Público disporá de servidores intelectualmente qualificados e animadamente comprometidos com o planejamento estratégico-institucional”.

POR UMA ESTRUTURAÇÃO DE ÓRGÃOS AUXILIARES CRITERIOSA  
E ADEQUADA À MISSÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para além disso, para além da reformulação e aprimoramento das Leis Orgânicas do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal no que couber no tocante ao tema em questão, é de se esperar que a ideia central presente na Resolução n. 60/2010 do CNMP, revogada pela Resolução n. 109/2014, torne a ser objeto de regulamentação de parte do referido colegiado, se preciso, desde que a título de norma geral, reduzindo a margem de discricção e de autonomia de cada entidade federada do Ministério Público em prol de um princípio maior, consistente na consagração da unidade do Ministério Público brasileiro.

Certo que “de nada adianta a Carta Magna prever a atuação do Ministério Público nos mais diversos campos sociais se, na prática, na vivência cotidiana da Promotoria de Justiça, como regra, a realidade sinaliza gritante falta de estrutura para o cumprimento desta vocação constitucional, problema indicativo de que esta mudança de perfil precisa ser seguida de uma postura administrativa voltada ao fortalecimento e aparelhamento adequado de órgãos auxiliares”<sup>7</sup>.

Afinal, não pode ser mera retórica o disposto no artigo 23 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), no sentido de que as Promotorias de Justiça são órgãos não apenas com “pelo menos um cargo de Promotor de Justiça”, mas, sobretudo, com “serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhe forem cometidas pela Lei Orgânica”. Se os serviços auxiliares atualmente são insuficientes para atendimento da demanda, evidente que providências devem ser adotadas neste sentido.

### **Conclusão**

- 1) O Ministério Público precisa priorizar a estruturação de órgãos auxiliares.
- 2) O planejamento estratégico-institucional é um instrumento que precisa contemplar critérios para a distribuição dos recursos humanos dos órgãos auxiliares.
- 3) Também cabe à Corregedoria-Geral do Ministério Público propor a estruturação ou reformulação dos órgãos auxiliares perante a Administração Superior do Ministério Público.
- 4) Propõe-se a categorização das Promotorias de Justiça como órgãos de execução do Ministério Público, para fim de especialização dos servidores, em quatro categorias: 1) criminal; 2) com atribuição na infância e juventude; 3) com atribuição especializada (patrimônio público, saúde pública e meio ambiente) e 4) outras áreas (intervenção cível residual, família etc).
- 5) Há de se buscar um padrão de órgãos auxiliares de acordo com a natureza das atribuições de cada órgão de execução, a fim de estabelecer um novo modelo de gestão de recursos humanos.
- 6) Inclusive como forma de implementar e aprimorar o propósito relativo a implementação das tabelas unificadas, é preciso que exista um sistema informatizado e digital capaz de colher todas as estatísticas e registros dos movimentos dos servidores de acordo com as tabelas unificadas previstas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, de modo a permitir avaliação de rendimento e produtividade adequada capaz de contemplar o binômio qualidade-quantidade.
- 8) A especialização dos servidores de acordo com as matérias e atribuições de cada uma das categorias de Promotorias de Justiça mostra-se benéfica para maior rendimento e qualidade do trabalho desenvolvido pelo servidor.
- 9) É necessário que haja revisão e aprimoramento das leis orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal no que diz respeito a temática dos órgãos auxiliares;
- 10) É necessário que haja elaboração de nova normativa do Conselho Nacional do Ministério Público disciplinando a estrutura dos serviços auxiliares do Ministério Público, tendo em vista que a Resolução 60/2010 foi revogada pela Resolução n. 109/2014, devido a importância da estruturação de plano de carreira, o controle das atividades e a necessidade de preocupação com o treinamento, capacitação, formação e aperfeiçoamento dos servidores.

---

<sup>7</sup> BERCLAZ e CASTRO, 2014, p. 201.

**Referências bibliográficas**

**BERCLAZ, Márcio Soares.** Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados como instâncias de controle interno: reflexões e apontamentos críticos-propositivos para construção de uma nova identidade. Anais, Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Natal-RN em outubro/novembro de 2013, p. 773-794.

**BERCLAZ, Márcio Soares. CASTRO, Millen.** Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. “In” FARIAS, Cristiano Chaves de. ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público. 5a edição. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 185-210.

**BRASIL.** Lei n. 8.625 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de 12 de fevereiro de 1993.

**BRASIL.** Ministério da Justiça. Diagnóstico Ministério Público dos Estados, 2006.

**CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** Resolução n. 60, publicada em 16 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 63, publicada em 17 de janeiro de 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 70, publicada em 06 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 74, publicada em 19 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 102, publicada em 11 de outubro de 2013.

**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. ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. ROSENVALD, Nelson. p. 215-265.

***“MP RESTAURATIVO E A CULTURA DE PAZ”: A RESOLUÇÃO CNMP 118/2014 E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PERFIL DE ATUAÇÃO MINISTERIAL***

*SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES*

Análise da res. CNMP 118/2014 e sua finalidade de estimular as práticas autocompositivas como foco importante para auxiliar o Ministério Público a resolver questões que envolvam litígios e situações do seu âmbito de atuação, havendo necessidade de uma reflexão institucional a respeito.



## “MP RESTAURATIVO E A CULTURA DE PAZ”: A RESOLUÇÃO CNMP 118/2014 E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PERFIL DE ATUAÇÃO MINISTERIAL

Samia Saad Gallotti Bonavides e Kelly Cristina Ferreira Tesserolli

**Resumo:** O trabalho tem como objetivo analisar a Resolução CNMP 118/2014 e sua finalidade de estimular as práticas autocompositivas para auxiliar o Ministério Público a resolver questões, que envolvam litígios e situações do seu âmbito de atuação, enfatizando-se que isso está afeto, dentre outros, ao campo dos interesses coletivos e do interesse público em geral, havendo necessidade de uma reflexão institucional para estabelecer como deve ocorrer a utilização destes métodos autocompositivos, inclusive práticas restaurativas, todos estes vinculados à cultura de paz. Também noticia que o Ministério Público do Paraná tem um projeto que busca fazer esta mobilização no âmbito estadual e atuar para a consolidação de um novo perfil ministerial.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O novo perfil do Ministério Público. 3. A cultura de paz e o Ministério Público transformador. 4. A Resolução CNMP 118/2014. 5. Limites e possibilidades. 6. O Projeto “MP restaurativo e a cultura de paz”. 7. Conclusão.

**Unitermos:** Ministério Público. Resolução CNMP 114. Práticas autocompositivas. Cultura de paz.

### 1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público, em dezembro de 2014, editou a Resolução 118 que estabelece, para o Ministério Público Brasileiro, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição. Por essa normativa, o Ministério Público passa a ter como incumbência *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*<sup>1</sup> A adoção se justifica, principalmente, para privilegiar a atuação preventiva, de redução de litigiosidade e também a disseminação social da cultura de paz, por meio da participação do diálogo e do consenso.

A política instituída pelo CNMP, portanto, é uma evolução ou aperfeiçoamento daquela ideia do que se chama de *Ministério Público resolutivo*<sup>2</sup>, em contraposição a um perfil tradicional, chamado de demandista. Aquele cariz resolutivo é o que se pode considerar de mais moderno e adequado às novas visões de solução mais adequada dos conflitos, na linha inclusive do que vem sendo incentivado a nível nacional pelo Poder Judiciário, pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, que entrará em vigor no próximo ano).

Nessa linha, consolida uma visão que tem maior preocupação com a atuação preventiva possibilitando, de modo expresso, a utilização pelos órgãos ministeriais de métodos autocompositivos extrajudiciais, alguns mais inovadores, para assim enriquecer e estimular instrumentos e meios compositivos já

---

<sup>1</sup> Art. 1º, parágrafo único, da Resolução CNMP 118/2014.

<sup>2</sup> Segundo Gregório Assagra de Almeida e Elaine Martins Parise “O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 265 p. 262.).

existentes, como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações e as audiências públicas.<sup>3</sup>

## 2. O NOVO PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O início da descrição deste novo perfil de Ministério Público que se busca consolidar hoje com maior amplitude para utilização dos instrumentos autocompositivos é de agente político, conforme entende Marcelo Pedroso Goulart:

O Ministério Público deve transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente 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; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade planetária’; 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).<sup>4</sup>

Complementando essa ideia, Gregório Assagra de Almeida e Elaine Martins Parise fazem a seguinte observação:

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF). Por intermédio da tutela jurídica preventiva poderá ser atacado diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é o objeto da tutela jurídica repressiva, no caso a ressarcitória. Ocorre que muitos danos, especialmente dos de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela “apequenada”, já que não responde ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada. Ora, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito.<sup>5</sup>

Desse modo, o Ministério Público deve se afirmar como Instituição também vocacionada à pacificação, no sentido de buscar o aperfeiçoamento das técnicas aplicáveis com mais eficácia. Ainda incumbe a

---

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia**: teoria e práxis. Leme: LED, 1998. p. 121-122.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 265.

ele mudar a cultura demandista que nele persiste; instituir políticas voltadas a uma atuação transformadora da realidade por meio do convencimento, dos esclarecimentos, da informação e da aproximação das pessoas, dos entes públicos, dos agentes incumbidos da construção e da execução de políticas pública, dentre outras ações de grande relevância para a coletividade. Precisa também revisitar o princípio da unidade para que o membro do Ministério Público não invoque o princípio da independência funcional e desse modo deixe de cumprir metas, prioridades e ações Institucionais fixadas em planos e programas que sejam expressão da vontade geral, do esforço coletivo da Instituição a nível nacional, e que vêm em boa parte, capitaneadas pelo CNMP em ações que afeta MP brasileiro; e, ainda, aperfeiçoar a estrutura de forma a possibilitar o cumprimento da missão Institucional, tudo na linha do que já descreveu Marcelo Pedroso Goulart, com muita pertinência e propriedade.<sup>6</sup>

A missão institucional do Ministério Público, delineada pela Constituição da República de 1988, está definida no art. 127, da CR: *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Para que essa missão possa ser cumprida são necessárias modificações importantes e impactantes na atuação do Ministério Público, reforçando e aprimorando um perfil resolutivo, lembrando-se que deve ser incorporada a ideia de que o MP é uma Instituição autônoma da sociedade civil e não da sociedade política, como afirmam Gregório Assagra de Almeida e Elaine Martins Parise:

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade.

No mesmo sentido, é a posição de Marcelo Pedroso Goulart:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do *processo democrático*, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientadora nos sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do *projeto democrático*.<sup>7</sup>

Assim, é possível perceber que a Resolução CNMP 118/2014, ao criar a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, de modo inegável, contribui para a redefinição do perfil Institucional do Ministério Público, pois as ferramentas ali destacadas e a necessidade implementá-las e adotá-las, legitimam a atuação preventiva e enriquecem as práticas autocompositivas extrajudiciais, ampliando o plano da resolução das controvérsias, com um interessante e bem definido objetivo especial de pacificação da sociedade por meio do estabelecimento da cultura de paz.

---

<sup>6</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. XVI–XVII. Acessado em: 12/08/2015. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>.

<sup>7</sup> GOULART, op. cit. p. 96.

### 3. A CULTURA DE PAZ E O MINISTÉRIO PÚBLICO TRANSFORMADOR

No mundo todo há um movimento para a disseminação da cultura de paz, uma vez que os altos índices de violência, criminalidade e intolerância existentes hoje, demonstram que os meios de resolução de conflitos atualmente institucionalizados não têm sido suficientes ou eficazes. Nesse panorama, a cultura de paz com suas premissas tem condições de oferecer uma solução, pois o diálogo, a participação, o respeito, a empatia, a solidariedade e o consenso são alguns dos valores disseminados na cultura de paz, e esses valores proporcionam um olhar humanizado tanto do conflito, quanto de seus atores.

Na visão de Marlova Jovchelovitch Noletto,

A Cultura de Paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não-violenta dos conflitos. É uma cultura baseada em tolerância, solidariedade e compartilhamento em base cotidiana, uma cultura que respeita todos os direitos individuais - o princípio do pluralismo, que assegura e sustenta a liberdade de opinião - e que se empenha em prevenir conflitos resolvendo-os em suas fontes, que englobam novas ameaças não-militares para a paz e para a segurança como exclusão, pobreza extrema e degradação ambiental. A Cultura de Paz procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação, de forma a tornar a guerra e a violência inviáveis.<sup>8</sup>

A disseminação dessa cultura, portanto, é uma importante bandeira a ser defendida pelo Ministério Público, uma vez que contribui para a concretização de sua missão constitucional, pois essa atuação que observa os valores difundidos pela cultura de paz possibilita uma amplitude na resolução dos conflitos, novas possibilidades para sua prevenção e ainda a pacificação social de maneira mais eficaz.

### 4. A RESOLUÇÃO CNMP 118/2014

As práticas autocompositivas estabelecidas pela Resolução CNMP 118/2014, quais sejam, a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas e as convenções processuais, foram ali delineadas de modo a orientar os membros do Ministério Público na sua utilização na atuação prática. O capítulo III, da mencionada resolução dispõe, de forma específica, em que situações conflituosas cada uma delas pode ser utilizada:

#### CAPÍTULO III

#### DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

#### Seção I – Da negociação

---

<sup>8</sup> UNESCO. Cultura de paz: da reflexão à ação, balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo. Brasília: UNESCO, São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. p. 11-13. ISBN: 978-85-7652-133-4. Acesso em: 12/08/2015. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001899/189919por.pdf>

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);

Parágrafo único. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

#### Seção II – Da mediação

Art. 9º A mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes.

Parágrafo único. Recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível.

Art. 10. No âmbito do Ministério Público:

I – a mediação poderá ser promovida como mecanismo de prevenção ou resolução de conflito e controvérsias que ainda não tenham sido judicializados;

II – as técnicas do mecanismo de mediação também podem ser utilizadas na atuação em casos de conflitos judicializados;

III – as técnicas do mecanismo de mediação podem ser utilizadas na atuação em geral, visando ao aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos.

§1º Ao final da mediação, havendo acordo entre os envolvidos, este poderá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário com pedido de homologação.

§2º A confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver, salvo autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o membro ou servidor que participar da mediação ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

#### Seção III – Da conciliação

Art. 11. A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

Art. 12. A conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação.

#### Seção IV – Das práticas restaurativas

Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

#### Seção V – Das convenções processuais

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela

jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

Além disso, também prevê uma série de medidas a serem adotadas pelo Ministério Público Brasileiro visando ao estudo, pesquisas, capacitações, realização de convênios e parcerias e à instituição de políticas locais incentivadoras do uso dos mecanismos autocompositivos. Sendo assim, o CNMP está impulsionando o projeto constitucional para construção de uma cultura institucional mais adequada aos novos tempos, ampliando os mecanismos de atuação preventiva e de resolução pacífica de conflitos, na linha do que vêm preconizando os processualistas, inclusive, mas também o Poder Judiciário nacional, que com a Resolução CNJ nº 125/2010, também buscou incentivar as práticas autocompositivas, seguindo uma tendência mundial, desde que ficou constatada uma crise sem precedentes no sistema de Justiça, completamente assolado pelo crescimento das demandas.

Salienta-se que a utilização desses mecanismos, além estar sendo difundida no mundo todo com resultados positivos, pode reduzir a excessiva judicialização e leva os envolvidos nos conflitos e controvérsias, à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento.<sup>9</sup>

## 5. LIMITES E POSSIBILIDADES

Colocar em prática do conteúdo da Resolução CNMP 118/2014 é um desafio para os Ministérios Públicos, que deve ser vencido pelo envolvimento, pelo esclarecimento e pela disseminação do conhecimento desta área. Aliás, esses conhecimentos não são repassados hoje sequer nos bancos dos cursos de direito, durante a graduação, porque de forma geral ainda vivemos uma tradição que coloca em evidência e no centro, as soluções judiciais na via processual com todas as formalidades possíveis.

E ainda que esta via (jurisdicional) não tenha se mostrado satisfatória e eficaz, entrando em verdadeiro colapso nos últimos tempos, sendo que no Brasil se ultrapassou a marca de noventa milhões de processos judiciais em todo território e em todos os órgãos judiciais, na verdade o que a sociedade pede e espera, de forma generalizada, é a correção do sistema judicial, seu aperfeiçoamento, e não sua extinção.

Isso é compreensível, diante do que representa o aparato formal do processo (embora não seja explicável como isso acontece, diante da extrema demora no atendimento das pretensões que são levadas à apreciação judicial). Mas não se pensa ou se espera, nem se pretende que deixem de existir órgãos jurisdicionais,

---

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118/2014**. Acessada em: 12/08/2015. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118>.

até porque existe o chamado “controle jurisdicional indispensável”, mas, sem dúvida, o número de conflitos que devem ir ao Judiciário deve ser reduzido, na medida em que deve existir um empoderamento da sociedade, e neste processo de empoderá-la, há uma parcela de contribuição a ser feita pelo Ministério Público.

O campo de atuação da Instituição é o dos direitos coletivos e difusos, do interesse público, da persecução penal, da infância e juventude, inclusive no campo das infrações cometidas por inimputáveis, dos conflitos do direito de família, dos conflitos resultantes da ocupação urbana, relativos à habitação, enfim, são áreas de atuação muito importantes e que pedem intervenção e resolução céleres e eficazes.

Então, os especialistas dessas respectivas áreas devem ser conclamados a pensar sobre como introduzir as práticas autocompositivas da maneira mais adequada em cada uma delas, analisando como hoje o agente ministerial está atuando, as questões legais a serem enfrentadas (para inclusive propor, se for o caso, mudanças legislativas).

O foco da reflexão deverá ser sempre relacionado à qualidade das mudanças quanto à efetivação dos direitos cuja proteção devem ser perseguidos (com a previsão legal de legitimação do Ministério Público, para propor medidas que visem à redução dos conflitos).

Há que se ter em vista que, se o legislador dispôs sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ações, ele o dever legal também de atuar na prevenção. Se ele é o responsável pela “defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CF), tem que se envolver no processo político que lhe diz respeito, no tocante à construção das políticas públicas que tenham direta interferência com a realização dos direitos sociais e dos direitos fundamentais, mas também com concretização de todo arcabouço de direitos em que consiste o chamado Estado Social de Direito, projeto constitucional que ele tem a missão de auxiliar a implantar. Mas isso não quer dizer que o tenha que fazer pela judicialização, pela punição, pela busca dos culpados, podendo também fazê-lo por meio de ações de convencimento, aproximando a sociedade dos seus administradores e legisladores.

Quando se fala em instrumentos como a negociação, a mediação, a conciliação e as convenções processuais, embora não haja dificuldade em saber como podem ser aplicadas às relações conflituosas em geral, o fato é que não há isenção completa de questionamentos relativos ao campo do interesse público, do patrimônio público e das relações jurídicas que envolvem entes públicos, e, por mais que se diga que muitas destas questões já foram equacionadas, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, e que hoje há consenso em torno de possibilidades muito ampliadas de instrumentos autocompositivos em quase todas as áreas, o que se tem que observar é que existem algumas limitações, num terreno ainda permeado de muitos dogmas, no que diz respeito ao interesse público e sua salvaguarda.

Então é justamente este terreno que deve ser bem delineado e construído, para o incentivo das práticas resolutivas, de forma mais tranquila, pelos agentes e órgãos ministeriais.

No que diz respeito às práticas restaurativas, há sem dúvida um campo ainda mais fértil para discussões, inclusive podendo haver entraves legislativos e falta de harmonia nos entendimentos, de forma que a discussão tem que ser travada, problematizando-se as questões para se compreender qual o papel do Ministério Público e a forma como pode interagir na aplicação dessas práticas e em quais áreas de atuação.

A Justiça restaurativa e suas práticas possibilitam outro modo de ver o conflito, uma vez que se constitui numa forma de introdução ao diálogo e ao descobrimento<sup>10</sup>. Nesse universo que não é tão novo, mas que se constitui em nossa experiência e tradição, em uma novidade, são examinadas as necessidades não atendidas pela justiça institucionalizada, e ainda há uma ampliação do círculo de interessados no processo ou envolvidos no conflito, para além do Estado e do ofensor, pois inclui a vítima e também os membros da comunidade.<sup>11</sup>

A definição feita pela Comissão Científica de Justiça Restaurativa da AMB é bastante esclarecedora:

A Justiça Restaurativa constitui, portanto, um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações. Por meio dos quais os conflitos que causam danos são solucionados de modo estruturado. Com a participação da vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade, coordenados por facilitadores capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de conflitos. Tem-se como foco as necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso e o empoderamento da comunidade e sociedade. Promove-se, assim, a reparação do dano e recomposição do tecido social rompido pelo conflito e suas implicações para o futuro.<sup>12</sup>

O conceito e a filosofia da Justiça restaurativa são aplicados por meio de abordagens que, em sua maioria, são metodologias antigas que estão sendo adaptadas e remodeladas e passaram a ser chamadas de práticas restaurativas, contudo, ressalta-se que embora as mais utilizadas apresentem semelhanças entre si, como por exemplo, o fato de envolverem um encontro, não há como limitá-las a esta ou aquela.<sup>13</sup>

Para uma melhor noção sobre a origem e quais são essas principais práticas, nada mais adequado do que citar Howard Zehr:

Para as sociedades que ainda mantém um vínculo mais próximo com os costumes tradicionais – como a africana, ou as comunidades indígenas norte-americanas – a Justiça Restaurativa serve de catalisador para reavaliar, ressuscitar, legitimar e adaptar abordagens consuetudinárias antigas. Durante o período colonial o modelo jurídico ocidental muitas vezes condenou e reprimiu as formas tradicionais de justiça que, ainda que não fossem perfeitas, funcionavam muito bem para aquelas comunidades. A Justiça Restaurativa pode oferecer uma estrutura conceitual capaz de afirmar e legitimar o que havia de bom naquelas tradições e, em alguns casos, desenvolver modelos adaptados que operam dentro da realidade do sistema jurídico moderno. De fato, duas das mais importantes formas de Justiça Restaurativa – as conferências familiares e os círculos de construção de paz – são adaptações (sem serem réplicas) de processos tradicionais.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> ZEHER, Howard. **Trocando as Lentas**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 12.

<sup>11</sup> ZEHER, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 24.

<sup>12</sup> COMISSÃO CIENTÍFICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). Noções elementares elaboradas pela Comissão Científica de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para a campanha JUSTIÇA RESTAURATIVA DO BRASIL: A paz pede a palavra. Acesso em 12/08/2015. Disponível em: <http://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>.

<sup>13</sup> ZEHR, op. cit. p. 53-55.

<sup>14</sup> Ibid., p. 54.



Diante desse novo olhar sobre a justiça e sobre os conflitos sociais, o Ministério Público como protagonista do projeto constitucional de se formar uma sociedade livre, justa e solidária, tem que adequar seu perfil conservador e predominantemente demandista à feição de sociedade que se quer, e a solidariedade, bem como a justiça, podem sob muitos aspectos, ser vistas como condições prévias de uma vida livre. A solidariedade só frutifica no terreno da aproximação das pessoas, da compreensão das respectivas condições e circunstâncias na vida. E a Justiça, sob o prisma filosófico ser apresentada como algo que se mostra razoável para as situações que não são nem aceitáveis e nem razoáveis, então Justiça não é uma demonstração de força, de poder, de submissão, mas principalmente é algo que tem que ser construído pelo entendimento e pelo conhecimento.

Nessa perspectiva é muito importante abrir-se o espaço de reflexão para a atuação preventiva e resolutive, o que mostra a possibilidade de se construir um perfil institucional de viés restaurativo, com preocupações relativas ao fortalecimento da cultura de paz, para que isso venha, inclusive, reforçar a legitimação e influência social da Instituição, tão vocacionada para temas tão relevantes e diversos, afetos à subsistência das pessoas com dignidade.

## **6. O PROJETO “MP RESTAURATIVO E A CULTURA DE PAZ”**

O Ministério Público do Paraná, pouco antes até da edição da Resolução CNMP 118/2014, envolvido por essa percepção da urgência em relação às novas perspectivas que surgiram a partir do movimento em construção no Poder Judiciário paranaense, que consistia na instalação dos primeiros Cejuscs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), e também no fato de que em alguns desses centros havia equipes multidisciplinares que já estavam sendo capacitadas para a aplicação de algumas práticas autocompositivas (inclusive as restaurativas), deu início a um projeto que se destina informar e capacitar agentes ministeriais e servidores do MP/PR para que, de posse de algum conhecimento sobre essa nova cultura, possam contribuir e refletir sobre como devem evoluir e, ainda, qual a melhor forma de se inserir as práticas preconizadas na Resolução 118 CNMP, nos serviços que incumbem à Instituição.

Na verdade o que se espera é que seja pensada uma forma desses mecanismos contribuírem positivamente e mais decisivamente para a concretização da emancipação social e, concomitantemente, para a pacificação, integrando a Instituição com este movimento que é mais que nacional, é também mundial, havendo organismos mundiais como a ONU e a UNESCO, envolvidos e financiando projetos pilotos para redirecionar o foco com que são tratados os conflitos sociais. Nessa perspectiva o novo CPC também

Não raro, temos a sensação de que vivemos tempos mais inclusivos, de maior aquisição de direitos por aqueles que normalmente sempre viveram à margem e em condições mais precárias (minorias), mas obviamente a sensação ainda é de muito litígio e de muita violência contida e expressa, até talvez pelos anos de vivência de luta de classes, de interesses, de exploração e dominação, situação que precisa de um enfrentamento para além do opressor e punitivo, mas também pela disseminação de uma cultura de paz, porque outra forma não conduz a uma condição adequada à evolução civilizatória.

De outro lado, há inúmeras dívidas sociais e carências, num momento de alta evolução tecnológica da sociedade, de maior informação, de mais acesso das pessoas à compreensão da ação política, e

tudo isso acaba por acirrar ânimos e propiciar que haja conduções benignas e conduções malignas no campo da mobilização social, e tudo isso passa pelo Ministério Público, o que evidencia seu papel e a necessidade de auxiliar este enfrentamento mediante a aplicação de outros métodos de composição.

Sobre as perspectivas que se apresentam, há algumas questões que podem ser de antemão consideradas como eventuais entraves na evolução do projeto: muitas áreas de atuação do Ministério Público podem ser refratárias a qualquer tipo de reflexão sobre o tema; outras podem ser resistentes às mudanças, outras podem simplesmente tratá-las em segundo plano, ou ainda podem ser tecidas críticas, no sentido de considerar o projeto, assim como a própria Resolução do CNMP ainda não devidamente amadurecidos ou aperfeiçoados para serem postos à reflexão e inseridos na prática. Nesse ponto lembro que Mauro Cappelletti, ao ponderar sobre as críticas dirigidas ao Projeto de Acesso à Justiça, já lá fez uma advertência que ainda continua válida para qualquer mudança de cultura institucional, dizendo que há dois modos de se recusar mudanças: “um é simplesmente dizer não às reformas; o outro – talvez menos ostensivo – é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada)” (Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. Revista de Processo. vol. 74. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 89, nota de rodapé 18. 9).

## 7. CONCLUSÃO

I) Os Ministérios Públicos devem estimular as práticas autocompositivas como foco importante para auxiliar seus órgãos a resolver questões que envolvam litígios e situações do seu âmbito de atuação, com mais celeridade e efetividade, tendo em vista que estão inseridas estas práticas em movimento nacional, tanto de parte do próprio CNMP, como do CNJ e também do Poder Legislativo, com a edição do novo Código de Processo Civil;

II) Estas práticas que estão descritas na Resolução CNMP 118/2014, contribuem para a evolução da atuação resolutiva, propiciando que se estabeleça um novo perfil ministerial, inclusive ampliando-se o campo, e fazendo do Promotor de Justiça um agente mediador importante para a efetivação de muitos direitos sociais, além de contribuir para a pacificação social, mediante o estímulo à cultura de paz.

III) Devem ser estimulados nos Ministérios Públicos os projetos voltados às práticas autocompositivas, com destaque ainda às restaurativas, pela dimensão que possuem no terreno do entendimento e aproximação das pessoas envolvidas em conflitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In:

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. Revista de Processo. vol. 74. São Paulo: Ed. RT, 1994.

COMISSÃO CIENTÍFICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). Noções elementares elaboradas pela Comissão Científica de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para a campanha JUSTIÇA RESTAURATIVA DO BRASIL: A paz pede a palavra. Acesso em 12/08/2015. Disponível em: <http://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ministério Público e Democracia**: teoria e práxis. Leme: LED, 1998. Acessado em: 12/08/2015. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>.

UNESCO. Cultura de paz: da reflexão à ação, balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo. Brasília: UNESCO, São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. p. 11-13. ISBN: 978-85-7652-133-4. Acesso em: 12/08/2015. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001899/189919por.pdf>

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 24.

\_\_\_\_\_. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 12.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118/2014**. Acessada em: 12/08/2015. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

***ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO  
POLICIAL E PEÇAS DE INFORMAÇÃO  
CRIMINAL PERANTE O SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: ATRIBUIÇÃO  
INSUSCETÍVEL DE CONTROLE  
JUDICIAL OU POLÍTICO.***

*LUCIANO MACHADO MACHADO DE SOUZA*

O arquivamento de Inquérito Policial ou peças de informação criminal pelo Procurador-Geral da República sujeita-se apenas à convicção pessoal motivada, que é protegida pela Independência Funcional. Logo, desafia aperfeiçoamento dos mecanismos tradicionais de Accountability.

## ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL E PEÇAS DE INFORMAÇÃO CRIMINAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATRIBUIÇÃO INSUSCETÍVEL DE CONTROLE JUDICIAL OU POLÍTICO.

Luciano Machado de Souza

### PROPOSTA DE ENUNCIADO

O arquivamento de inquérito policial ou peças de informação criminal pelo Procurador-Geral da República sujeita-se apenas à convicção pessoal motivada, que é protegida pela independência funcional. Logo, desafia aperfeiçoamento dos mecanismos tradicionais de accountability.

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O arquivamento de inquérito policial ou peças de informação criminal pelo Procurador-Geral da República não está sujeito à revisão de colegiado ministerial, e a sujeição à homologação Supremo Tribunal Federal não permite aferição de mérito. No plano político, o sistema de nomeação e a independência funcional do Procurador-Geral da República afeta a eficiência dos mecanismos tradicionais de *accountability*, permitindo inferir que a persecução penal das principais autoridades da república brasileira está sujeita à convicção pessoal – ainda que juridicamente motivada – de um único agente público.

### FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, importa registrar que o consenso dos cientistas sociais pátrios sobre a singularidade do Ministério Público brasileiro dispensa a comparação com instituições congêneres estrangeiras. Destaca-se a posição de Maria Tereza Sadek<sup>1</sup>:

Eu costumo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que a jabuticaba só existe no Brasil, retruco, observando que o que existe de fato só no Brasil é o nosso Ministério Público. Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, contudo, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que ostente igual conjunto de atribuições. O nosso Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, passou a ser uma instituição que tem pouca semelhança com seus congêneres no exterior e tampouco com o Ministério Público brasileiro do passado. Eu até diria, ousando uma observação ainda mais radical, que o nome é o mesmo, mas a instituição não. (SADEK, p.130)

Nesse sentido, o Ministério Público deixou de ser braço dos “Poderes da República”. Se não é apropriado afirmar que já esteve no corpo legislativo, não há dúvida de que não está mais atrelado ao Executivo ou ao Judiciário, como em passado próximo.

Constituído como instituição essencial à Justiça<sup>2</sup> – no título da organização dos Poderes -, a autonomia funcional e administrativa (art. 127, par. 2º, CF) foram prerrogativas concedidas para o exercício das novas incumbências, significativamente mais amplas e complexas do que as tradicionais funções acusatórias penais e fiscalizatórias civis. Nesse sentido, vislumbra-se que a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis só estarão legitimados em ambiente democrático, posto que o Estado Democrático de Direito é premissa fundamental da república brasileira.

O compromisso com a proteção e desenvolvimento da democracia, portanto, deve orientar toda e qualquer atividade ministerial. Esse Ministério Público resultante traz na gênese a atuação consciente e deliberada dos próprios membros (“voluntarismo político”) na época da constituinte, conforme observou Rogério Arantes<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Fábio Kerche é outro cientista político que destaca a singularidade institucional: “O Ministério Público brasileiro, quando observado seu aspecto de independência institucional e o instrumento da ação civil pública, tornou-se não somente o caso mais extremo de *parquet* distante dos Poderes políticos quando comparado a outros países, mas também um caso único. E essas mudanças - independência frente ao Executivo, defesa dos interesses coletivos, mandato assegurado para o Procurador-geral etc. - foram garantidas a partir da Constituição de 1988.” (KERCHE, 1999 p.233).

<sup>2</sup> Capítulo IV, do Título IV, da Constituição de 1988.

<sup>3</sup> No mesmo sentido, Cássio Casagrande destaca o “ativismo político” das entidades classistas: “Para a definição deste novo perfil institucional do Ministério Público foi decisiva a atuação eficaz e articulada dos seus membros no período da

Em síntese, o que se pretende salientar é que o Ministério Público de hoje é resultado, em grande medida, do que desejaram e fizeram seus próprios integrantes, para além ou aquém das tendências do meio ambiente institucional e a despeito de visões internas divergentes terem ficado pelo caminho. Embora se reconheça que essas outras duas dimensões sejam importantes, orientar-se por elas seria perder de vista o que temos de mais precioso nessa história: o voluntarismo político de promotores e procuradores e seus valores ideológicos peculiares. Focalizar o curso de ação vitorioso desses (re)construtores institucionais parece bem mais interessante do que tentar mostrar a influência do meio ambiente, ou ainda do que contar a história dos que foram derrotados no embate interno ou que simplesmente se deram por satisfeitos com as funções tradicionais da instituição. (ARANTES, p.22-23)

Destacado dos três tradicionais Poderes, a Instituição foi onerada de grave missão, de acordo com a conclusão de Dalmo Dallari:

No fim, depois de muitas discussões, muitas reflexões, nem o Ministério Público foi o quarto poder, nem se criou o defensor público de modelo espanhol, nem o *ombudsman*, mas o resultado foi um novo Ministério Público, realmente novo, extraordinariamente ampliado nas suas condições e também muito fortalecido na sua posição constitucional, ganhando muito em termos de verdadeira independência, mas também com enorme responsabilidade, precisamente em termos de defesa do regime democrático, de defesa de direitos, e mais do que isto, em termos de promoção de direitos. (DALLARI)

A autonomia ministerial foi intensamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal pouco mais de dois anos depois da promulgação da Constituição Federal (CF), e antes que o legislador infraconstitucional dispusesse sobre a organização e o funcionamento da Instituição. Do voto condutor da maioria, da lavra do Ministro Celso de Mello, destaca-se:

Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei. É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, peculiar e especial situação na estrutura do Poder. A independência institucional constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas. Garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram deferidas. (BRASIL, 1993)

Nesse sentido, vale ressaltar que o constituinte também confirmou a autonomia funcional e administrativa já introduzida infraconstitucionalmente em 1981 (art. 127, par. 2º e 3º, CF) e inovou ao facultar às Chefias a iniciativa legislativa para organização institucional tanto no nível federal como no estadual (art. 128, par. 5º, CF).

A autonomia só não foi absoluta porque lhe falta o “poder de autogoverno”. Ocorre que a nomeação do Procurador-Geral da República “dentre integrantes da carreira” (art. 128, par. 1º, CF), continua sendo prerrogativa do Presidente da República, submetida à apreciação do Senado Federal, que também deve deliberar sobre eventual proposta de destituição<sup>4</sup> encaminhada pelo Chefe do Executivo (art. 128, par. 2º, CF)<sup>5</sup>.

---

reconstitucionalização do país, numa clara mostra do ativismo político que viria marcar a instituição nas décadas seguintes. As associações estaduais de membros do Ministério Público, congregadas na CONAMP – Confederação Nacional das Associações do Ministério Público – promoveram uma grande mobilização da categoria a respeito de sua futura conformação constitucional e na defesa de suas prerrogativas.” (CASAGRANDE, p.104).

<sup>4</sup> Hugo Nigro Mazzilli ressalta a distinção dos institutos: “Não se confunde *destituição* com a perda do cargo por *impeachment* (este se dá em caso de “crime de responsabilidade”, que é verdadeiramente uma infração político-administrativa, e, nesse caso, a perda do cargo será decretada pelo Senado, funcionando como Presidente o do STF, cf. art. 52, II, e par. ún., da CF).” (MAZZILLI, 2005, p.49).

Concomitantemente à unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 127, par. 2º, CF), garantiu aos agentes ministeriais vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 128, par. 5º, inc. I, CF), e tipificou como crime de responsabilidade “qualquer atentado” cometido pelo Presidente da República contra o livre exercício institucional (art. 85, inc. II, CF).

Inaugurando o rol das funções institucionais, o constituinte conferiu titularidade privativa para a ação penal pública (art. 129, I, CF). A solução, que não tinha similar no “Anteprojeto Afonso Arinos”, estava elencada na “Carta de Curitiba” (art. 1º, par. 1º, alínea b, CF) e foi sustentada pelo representante da Confederação Nacional do Ministério Público na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte. Dentre outros argumentos, destaca-se aquele que justificava oposição à “ação penal popular”:

O inconveniente de se abrir a fiscalização nessa área, para qualquer pessoa do povo, traz o problema da ação penal popular, que seria uma ação, quando o Ministério Público não agisse, deferida, então, ao particular. A ação penal popular tem contra si inúmeros e sérios argumentos, o principal dos quais é de que serviria muito mais como instrumento de vingança pessoal do que propriamente como instrumento de justiça. E é até elitista, porque o pobre não teria condições de arcar com as despesas de contratação de um bom advogado para mover uma ação penal adequada e tentar um bom resultado. Ela tem servido, ao longo dos anos, apenas e tão somente para perseguições pessoais. (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões, p.22)

Na época, o constituinte Gastone Righi pediu destaque para uma Emenda que propôs visando retirar a “exclusividade” para a promoção da ação penal pública (IBIDEM, p.217-218), com a seguinte justificativa: “A experiência demonstra que a ação penal pública não pode permanecer sob a dependência do Ministério Público. Essa exclusividade não fornece garantias suficientes de aplicação da lei penal, e expõe o Ministério Público a pressões indesejadas” (BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, 233). Porém, o Relator Plínio Arruda Sampaio sustentou a redação do Anteprojeto na possibilidade de recurso ao Colégio de Procuradores:

Todos nós, que estudamos Direito Penal, Processo Penal, discutimos este assunto: o monopólio da vingança é estatal. O Estado assumiu, nas nações civilizadas, o monopólio de perseguir o crime, exatamente para evitar a vingança pessoal etc. No caso, pensamos muito em como poderíamos suprir uma eventual omissão do Ministério Público. Se deixarmos o texto como está, vai realmente gerar a insegurança na sociedade. Esta é uma matéria que o Brasil inteiro já venceu há muitos anos, na Constituição de 1946. O que fizemos com o objetivo de dar à sociedade uma janela, para impedir qualquer coisa corporativista – por exemplo, um poderoso evitar a ação penal – foi o recurso de qualquer cidadão aos arquivos mentos, ao Colégio Eleitoral. Agora, se todos os promotores do Colégio Eleitoral se convencerem de que ali não há crime, parece-me que a sociedade estará devidamente satisfeita. De modo que votarei pela rejeição dessa emenda que considero extremamente perigosa para a estrutura da nossa representação penal, o equilíbrio das instituições neste País. (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões, p.217-218)

<sup>5</sup> Antonio Augusto Ferraz e Paulo Roberto Dias Júnior sustentam a pertinência da solução: “Assim, as regras vigentes de investidura, conquanto não ideais, dão minimamente ao Ministério Público (coisa que não ocorre em relação ao Poder Judiciário) a legitimidade de que necessita para agir como *advogado da sociedade*, pois, o Governador do Estado transfere ao Procurador-Geral de Justiça parte da confiança popular a ele atribuída pelas urnas. Sem uma fórmula que assegure essa *transferência de legitimidade* restaria um mero órgão público (e não uma instituição), ainda que dotado de autonomia funcional, financeira e administrativa. Para a sociedade, o Ministério Público seria provavelmente um Poder sem controle. (FERRAZ; DIAS JÚNIOR, p.120). No mesmo sentido: “Está claro que o sistema de escolha dos procuradores-gerais de justiça, atualmente vigente, tem alguns méritos: permite ao chefe do Poder Executivo, detentor de investidura democrática, que opte pelo projeto mais consentâneo com as propostas que legitimaram sua eleição popular. Contudo, também tem graves defeitos, normalmente até mesmo maiores que as vantagens: nem sempre o critério da escolha é o mais nobre; pode, antes, ter inspiração de caráter político-partidário, podendo estimular envoltimentos e interferências indesejáveis na atividade funcional do Ministério Público. Por outro lado, nem sempre o procurador-geral nomeado mantém independência funcional e institucional em face do governante que o escolheu e, em alguns casos, pode reconduzi-lo. Em regra, a escolha pelo chefe do Executivo é grave risco, porque geralmente traz componentes políticos e até partidários na escolha do procurador-geral.” (MAZZILLI, 1999, p.114).

Lamentando o fato da Emenda que propôs ter restado prejudicada, o constituinte Vivaldo Barbosa insistiu nos riscos que eventual “monopólio” implicava para a democracia.

Esta solução do monopólio do Ministério Público não fez bem à Nação até hoje e creio que não continuará fazendo bem. Sempre me preocupei quando lia e comentava sobre os Constituintes de 1946, o fato de que tinham em mente fazer uma Constituição contra o Estado Novo. Nós não podemos fazer uma Constituição apenas contra o regime autoritário militar; nós temos de fazer a Constituição para a democracia, e esta é uma questão que está a nos desafiar, ou seja, encontrar uma solução de equilíbrio que ajude a solução da democracia. (IBIDEM, p.218)

Depois de vários arranjos, a ação privada subsidiária restou garantida (art. 5º, inc. LIX, CF). A solução promovida pelo constituinte recebeu a tradição processual penal, garantindo o acesso à jurisdição criminal em eventual inércia do órgão ministerial (art. 29, CPP), ao tempo que não recebeu as regras processuais que possibilitavam a deflagração do processo pela autoridade policial ou pelo próprio julgador. A superação do referido modelo procedimental, que visava simplificação e agilidade dos julgamentos, foi completada pela denominada “Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais” que, dando caráter nacional ao disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabeleceu medidas despenalizadoras que mitigaram a indisponibilidade da ação penal pública.

Considerando que a regra da ação penal é a indisponibilidade, os arquivamentos promovidos pelos órgãos de execução impedirão a ação penal privada subsidiária. Se o Juiz discordar da promoção deverá remeter os autos ao Procurador-Geral que, ratificando a promoção de arquivamento, impede a ação judicial (art. 28, CPP). Do contrário, poderá oferecer denúncia ou designar outro membro para fazê-lo.

Paralelamente, os arquivamentos promovidos pelos Procuradores-Gerais estaduais na competência originária (foro por prerrogativa de função) ainda estarão sujeitos ao controle do Colégio de Procuradores de Justiça<sup>6</sup>. No plano federal, cabe às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal deliberar sobre arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral (art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/93).

Verifica-se, portanto, que os arquivamentos de inquéritos ou peças de informação criminais estarão sujeitos ao sistema de freios e contrapesos do Poder Judiciário, e internamente ao sistema de controle de colegiado, conforme já anunciava Plínio de Arruda Sampaio quando foi relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público no início dos trabalhos constituintes.

A atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República<sup>7</sup>, contudo, não está sujeita à revisão de colegiado. Isso implica dizer que a atribuição para processamento do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup> estão concentrados em uma única pessoa; parcela da autonomia do Estado para punição dos agentes políticos mais importantes da República está submetida à decisão de um único homem<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Art. 12, inciso XI, da Lei 8.625/93 - *re- ver*, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária. Nesse sentido, destaca-se o seguinte paradigma do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. SUPOSTO CRIME DE QUEBRA DE SEGREDO DE JUSTIÇA (ART. 10 DA LEI N.º 9.296/96) EM TESE PERPETRADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA ORIGINÁRIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FEITO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. REVISÃO PELO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA. SUBSEQÜENTE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. 1. Hipótese em que houve expressa manifestação do Procurador-Geral de Justiça pelo arquivamento do inquérito. Ato contínuo, houve pedido de revisão da manifestação pelo Colégio de Procuradores de Justiça, com subseqüente ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública. 2. Contexto que não autoriza a iniciativa privada para promover a ação penal pública, em substituição ao órgão ministerial, o que só se admite se tivesse havido inércia deste. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

<sup>7</sup> Conforme artigos 46 e 47, da Lei Complementar nº 75/93.

<sup>8</sup> Artigo 102, inc. I, alínea b, da Constituição de 1988.

<sup>9</sup> Pertinente a observação de Rogério Arantes: “Não cabe aqui reconstruir a história do Estado Moderno, mas nunca é demais lembrar que a definição institucional de Ministério Público, no Brasil ou em qualquer outro país que adote órgão similar, está intimamente associada aos referidos processos de monopolização, racionalização, legitimação e especialização envolvendo o uso da força física pelo Estado: o Ministério Público é justamente aquele órgão estatal que se especializou no exercício da persecução criminal e, nesse sentido, é co-responsável pela prerrogativa estatal de uso da força em prol da manutenção da lei e da ordem.” (ARANTES, p.325)



O caráter homologatório da decisão de arquivamento promovido pelo Procurador-Geral da República foi intensamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal num feito que envolvia o então Senador Antonio Carlos Magalhães. Ocorreu que, o Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro promoveu o arquivamento e, antes da homologação, assumiu o cargo o Procurador Cláudio Fonteles, que ofereceu denúncia.

EMENTA: DENÚNCIA CONTRA SENADOR DA REPÚBLICA E OUTROS AGENTES. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO PELO ENTÃO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. POSTERIOR OFERECIMENTO DA DENÚNCIA POR SEU SUCESSOR. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE NOVAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. À luz de copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso de inquérito para apuração de conduta típica em que a competência originária seja da Corte, o pedido de arquivamento pelo procurador-geral da República não pode ser recusado. Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo Parquet deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas. Inquérito arquivado, em relação ao senador da República, e determinada a remessa dos autos ao Juízo de origem, quanto aos demais denunciados. (BRASIL, Supremo Tribunal, Federal, 2012)

Do exposto, vislumbra-se que não há solução jurídica para eventual deficiência de mecanismos de controle da atividade executória do Procurador-Geral da República.

Na seara da Ciência Política, a ideia de freios e contrapesos (*checks and balances*) transportada da doutrina federalista norte-americana para a Constituição Federal<sup>10</sup> não é suficiente para o controle da atividade destacada, em razão da autonomia do Ministério Público e, principalmente, pela independência funcional do Procurador-Geral da República que não terá a motivação da promoção de arquivamento sindicada pelo Poder Judiciário, tampouco pelos poderes Executivo e Legislativo. Ademais, os mecanismos de nomeação só incidem antes da condução ao cargo, e eventual destituição ou *impeachment* não terão força para afetação para do arquivamento<sup>11</sup>.

Como já demonstrado, o arquivamento por carência de indícios não permitiu nem que o sucessor do mesmo cargo pudesse ajuizar denúncia antes da decisão homologatória do STF. Eventual retaliação na recomposição de subsídio – coisa que já ocorreu nos últimos anos, mesmo sem incidência de controle – também é ação posterior que não poderá influenciar situação já definida. Também não incide a função fiscalizatória do Conselho Superior do Ministério Público, posto se tratar de atividade-fim. Em suma, o sistema de “balanceamento” de poderes (parcela de soberania) não é suficiente e nem eficiente para controlar preventivamente o arquivamento promovido pelo Procurador-Geral junto ao STF.

Resta então perquirir acerca da sujeição dessa atividade pública (privativa!) a instrumentos de *accountability*, desde logo entendidos como mecanismos de controle do poder público em ambiente democrático, voltados para o monitoramento de abusos e corrupção<sup>12</sup>. Em outras palavras, ferramentas de controle de funções administrativas diversas daquelas inicialmente projetadas para o equilíbrio das funções estatais clássicas.

<sup>10</sup> Artigo 2º, da Constituição de 1988.

<sup>11</sup> Análise orientada pelas reflexões de Ana Carolina Mota sobre a relação entre check and balances e mecanismos de *accountability* na Constituição de 1988 (MOTA, 2006).

<sup>12</sup> Fábio Kerche destaca a questão: “Os constituintes brasileiros de 1987/88 retiraram o Ministério Público de sua ligação direta com o Poder Executivo sem colocá-lo subordinado ao Poder Legislativo ou ao Judiciário. A autonomia em relação aos poderes de Estado, entretanto, não precisaria significar necessariamente a independência de qualquer tipo de *accountability* político. A questão é descobrir se há instrumentos, mesmo com a autonomia da instituição, capazes de garantir que promotores e procuradores de justiça prestem contas de suas ações, se são responsáveis a um ator externo à organização e se os integrantes do Ministério Público podem ser responsabilizados por seus atos quando identificados desvios.” (KERCHE, 2007, p. 260)

Antes, importa registrar que a transposição do termo para o vernáculo ainda não é tranquila, embora tenha se desenvolvido consideravelmente desde o trabalho pioneiro de Ana Maria Campos<sup>13</sup>. A partir dessas reflexões, José Antonio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento constataram que o significado do conceito “envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.”<sup>14</sup> (PINHO; SACRAMENTO, p.1364)

Ricardo Ceneviva fez uma revisão dos conceitos a partir da literatura recente e concluiu que *accountability* é atributo do sistema político, e não dos agentes públicos:

Isto é, diz respeito não apenas à responsabilidade dos burocratas e governantes, mas à imposição, pelo sistema, de visibilidade e transparência nos atos do governo, assim como à responsabilização dos governantes (e burocratas) pelos governados, inclusive com a possibilidade de sanções. E, portanto, *accountability* se refere ao arcabouço institucional e ao sistema político de um determinado país e não a sua cultura política. (CENEVIVA)

A noção política de *accountability* implica, fundamentalmente, na ideia de prestação de contas dos representantes eleitos pelo povo (*answerability*) - obrigados a explicar o que fazem – e a possibilidade de sofrerem sanções das agências de *accountability* quando violarem as obrigações que assumiram. Essa noção de coação legal implica sujeição às sanções, enquanto que a ideia de “dar explicações” está ligada à necessidade de transparência e justificação dos atos de poder.

A experiência de redemocratização latino-americana não prescinde das formulações de Guilherme O’Donnel, que distinguiu *accountability* vertical da horizontal no aspecto dimensional.

Ocorre a *accountability* vertical quando os eleitores podem eleger livremente seus representantes, em ambiente propício à liberdade de informação, opinião e associação, punindo ou premiando o trabalho do político conforme demonstre, de forma transparente e justificada, o atendimento do projetado, e de forma proba. Não obstante, a existência de mídia independente sem contrapartida das agências estatais encarregadas da persecução dos ilícitos atribuídos às autoridades públicas pode contribuir para a afetação da liberdade de escolha. Em síntese, envolve autoridades públicas que ocupam mandatos eletivos obtidos em eleições livres e justas: “A existência da *accountability* vertical assegura que esses países são *democráticos*, no sentido específico de que os cidadãos podem exercer seu direito de participar da escolha de quem vai governá-los por um determinado período e podem expressar livremente suas opiniões e reivindicações.” (O’DONNELL, p.30)

Considerando que o Procurador-Geral da República é escolhido dentre os membros do Ministério Público da União, que não possuem mandato eleitoral, é evidente que estão imunes à *accountability* vertical.

O conceito de *accountability* horizontal, desenvolvida por O’Donnel, implica na existência de agências estatais com direito, poder legal, disposição e capacitação para realizar a supervisão da rotina e o sancionamento (inclusive o *impeachment*) de outros agente ou agências do Estado que se configurarem ilícitas.

para que esse tipo de *accountability* seja efeito deve haver agências estatais autorizadas e dispostas a supervisionar, controlar e retificar e/ou punir ações ilícitas de autoridades localizadas em outras agências estatais. As primeiras devem ter não apenas autoridade legal para assim proceder mas também, *de facto*, autonomia suficiente com respeito às últimas. Esse é, evidentemente, o velho tema da divisão dos poderes e dos controles e equilíbrios entre eles. Esses mecanismos incluem as instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do poder Judiciário, mas nas poliarquias contemporâneas também se estende por várias agências de supervisão,

<sup>13</sup> Salientando os limites dos mecanismos de controle formal gerados no interior das burocracias, a autora destacava nos primeiros anos do novo regime constitucional a necessidade de amadurecimento social para desenvolvimento da reflexão sobre *accountability* no serviço público. Para o que interessa ao problema, sugeria a necessidade de convergência de esforços para reformas que tornassem a administração pública mais *accountable*, possibilitando o desenvolvimento de controle burocráticos aptos à aferição de eficácia, efetividade, justiça social e política, a partir do incremento do número de controladores e representatividade, com legitimação desse controle (CAMPOS)

<sup>14</sup> Também ressaltam: “Ao observar as alterações políticas, sociais e institucionais ocorridas no Brasil nesses 20 anos constata-se que, embora muitos passos importantes tenham sido dados em direção à *accountability*, com criação de novas instituições, fortalecimento institucional em geral, a caminhada promete ser longa, principalmente porque ficou caracterizado que no Brasil o surgimento de um novo valor não necessariamente implica extinção do tradicional. Parece haver uma impressionante capacidade de superação da ordem legal muitas vezes, com extrema criatividade e inventividade, para fazer valer a velha ordem. O autoritarismo tem mostrado uma enorme capacidade de se redesenhar, se redefinir diante das mudanças institucionais e culturais a favor do aumento de *accountability*.”

como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização e prestações de contas. (...) A *accountability* horizontal efetiva não é produto de agências isoladas mas de *redes de agências* que têm em seu cume, porque é ali que o sistema constitucional “se fecha” mediante decisões últimas, tribunais (incluindo os mais elevados) comprometidos com essa *accountability*. (O'DONNELL, p.42-43)

Ana Carolina Mota contesta as críticas de Schedler e Mainwaring, que teriam estabelecido assimetria de poder na *accountability* vertical que não pode ser atribuída a O'Donnell. Por outro lado, Schedler teria estabelecido paradoxo de poder inexistente na definição da *accountability* horizontal, cuja formulação original não afirmou igualdade de poderes entre agentes: “esta metáfora de verticalidade e horizontalidade não tem como preocupação aferir quantidade de poder, mas simplesmente, precisar a qualidade dos agentes de *accountability* serem estatais ou não-estatais” (MOTA, p.43)<sup>15</sup>. Nesse sentido, a *accountability* realizada pelos eleitores (vertical) será não-estatal, enquanto aquela realizada por autoridade do estado será horizontal, independente da quantidade de poder. A distinção permite afirmar a posição do Procurador-Geral da República de agente da *accountability* horizontal dos cargos mais importantes do país, sujeitos à sanção penal aplicável em processamento perante o Judiciário, que não estaria agindo na relação de freio/contrapeso, mas exercendo papel de agência de *accountability* na complexa rede idealizada por O'Donnell.

Note-se, contudo, que a inércia do Procurador-Geral não permite o acionamento da rede. Se essa inércia decorrer de negligência/prevaricação que configure crime de responsabilidade, o Chefe do Ministério Público Federal também estará sujeito à sanção da rede, que poderá aplicar o *impeachment*. O arquivamento de inquérito ou peças informativas, contudo, não implicará inação pura. Considerando que a independência funcional<sup>16</sup> comporta a opção por posições jurídicas defensáveis – embora contraditórias/polêmicas –, e que o mérito da promoção não poderá ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, surge o problema de falta de instrumento de *accountability* ao qual estão sujeitos todos os outros membros do Ministério Público que atuem na área penal.

No extremo, qualquer motivação que viabilizar posicionamento jurídico fundamentado poderá afastar agentes públicos da cúpula republicana da *accountability* penal, sem que se possa responsabilizar o titular da ação penal pela conduta. Evidencia-se o prejuízo para a democracia que reclama a reflexão do problema para desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a ampliação do controle; afinal, a proteção do regime democrático é tarefa da qual só o Ministério Público foi incumbido especificamente.

Observando a fragilidade dos instrumentos de *accountability* aplicáveis ao Ministério Público, Fabio Kerche nega que o legislador tenha abdicado de controlar a instituição: “Assim, entre abdicação e delegação, surge um fenômeno intermediário: alto grau de autonomia, embora com alguns poucos instrumentos de *accountability*. A hipótese deste artigo é que houve, para o caso do Ministério Público construído a partir da Constituição de 1988, uma *quasi*-abdicação.” (KERCHE, 2007, p.263)

Ao analisar a “condução da ação penal pública”, Kerche compara o Ministério Público brasileiro com os *district attorneys* estadunidenses, que são eleitos pelo voto popular em 45 dos 50 estados. Enquanto lá os agentes eleitos se orientam pelo princípio da oportunidade para a ação penal, também vinculados a *accountability* horizontal Ministério da Justiça (responsável pela unificação da política institucional), aqui impera o princípio da indisponibilidade em ambiente de autonomia ministerial. O equilíbrio do controle decorreria do fato de lá o misto de *accountability* eleitoral e horizontal se encarregar do controle do agente que pode agir discricionariamente, enquanto aqui a *accountability* seria horizontal, em razão da obrigação do Promotor “levar todos os casos exercida ao Poder Judiciário”, independente da gravidade.

<sup>15</sup> Em resumo: “Quando O'Donnell refere-se a *accountability* horizontal apenas diz ser esta estabelecida entre agentes estatais, com a consequente qualidade de possuírem o poder institucionalizado e serem encarregados, formalmente, pela imposição de sanções. A *accountability* vertical, por sua vez é a que se dá quando agente não-estatais se relacionam com agentes estatais. Em nenhum momento precisou a direção do poder ou mesmo a quantidade deste, porque isso não tem importância nenhuma, tendo em vista que o escopo teórico não é de encaixar o conceito de *accountability* nesse tipo de relação *principal-agent*.” (MOTA, p.43)

<sup>16</sup> Sobre a qualidade dessa independência, Fernanda Leão de Almeida pondera: “Para permanecer imune a todo tipo de pressão ou influências, o agente da instituição desfruta de independência funcional, subordinando-se somente à lei e à própria consciência, segundo o entendimento a respeito do tema. Sob essa definição, a independência funcional residiu, a partir da Constituição de 1988, no principal fundamento para a transformação do Ministério Público numa espécie de agente político, “livre de constrangimentos significativos, exceto os colocados por sua própria consciência”. É de se cogitar certo paradoxo criado pelo constituinte de 1988, ao instituir a figura de um agente “com independência típica dos órgãos judiciais inertes e neutros, porém destinado à ação política de defesa da sociedade, num quadro em que a lei, como céu, é o limite” (ALMEIDA, p.230)

Assim, a regra parece se confirmar em relação ao Ministério Público brasileiro: quanto menor o *accountability*, menor a discricionariedade, sendo que nos países que se orientam pelo princípio da oportunidade a relação é inversa, ou seja, maior discricionariedade combinada com maior *accountability*. Neste caso específico, a *quasi*-abdicação em relação ao Ministério Público no Brasil é menos estranha à democracia, pois garante pouca discricionariedade aos promotores e procuradores em relação à ação penal para crimes comuns. (KERCHE, 2007, p.272)

A conclusão destacada, contudo, não enfrenta a posição homologatória do Supremo Tribunal Federal nas causas da competência originária. Nessas, embora o Procurador-Geral submeta a promoção de arquivamento, não haverá possibilidade de recusa, como já destacado. O grau de discricionariedade decorrente da independência funcional é alto, e não se verifica hipótese de controle. Conclui-se, portanto, que no particular houve abdicação de controle em relação à atividade penal privativa do Procurador-Geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, justifica-se as implicações da atual conformação do sistema jurídico ao estágio de democracia que se pretende desenvolver, conforme já advertia Kerche:

O que diferencia o Ministério Público brasileiro é que, paralelamente à sua autonomia, os constituintes garantiram razoáveis graus de discricionariedade a estes atores não-eleitos do Estado. Assim, o argumento de que os promotores e procuradores somente cumprem a lei, não precisando, por este motivo, de instrumentos de *accountability*, não se sustenta. É a possibilidade de exercer a discricionariedade, somada à autonomia, aos instrumentos de ação e ao amplo leque de atribuições, que transforma o Ministério Público em uma organização pouco comum à democracia. (KERCHE, 2007, p.278)

## CONCLUSÃO

O arquivamento de inquérito policial ou peças de informação criminal pelo Procurador-Geral da República não está sujeito à revisão de colegiado ministerial, e a sujeição à homologação Supremo Tribunal Federal não permite aferição de mérito. No plano político, o sistema de nomeação e a independência funcional do Procurador-Geral da República afetam a eficiência dos mecanismos tradicionais de *accountability*, permitindo inferir que a persecução penal das principais autoridades da república brasileira está sujeita à convicção pessoal – ainda que juridicamente motivada – de um único agente público.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado) - USP, São Paulo, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política. *Justitia*, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 325-335, jul./dez., 2007.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. Comissão da Organização e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/3c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO.pdf>>. Acesso em: 01/08/2011.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo: Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-115.pdf>>. Acesso em: 01/08/2011

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 857.063-PR*. Recorrente: José Cid Campelo Filho. Recorrido: Luis Fernando Ferreira Delazari. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601342090&pv=01000000000&tp=51>> . Acesso em: 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 2.028-BA*. Autor: Ministério Público Federal. Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2028&classe=Inq>>. Acesso em: 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 21.239-0/DF. Impetrante: Procurador-Geral da República. Impetrado: Presidente da República. Litisconsorte ativo: Hegler José Horta Barbosa. Litisconsorte passivo: Antônio Carlos Roboredo Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 06920, 23 abr. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85463>>. Acesso em: 01/08/2011.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, FGV, Rio de Janeiro, p. 30-50, fev.-abr., 1990.

CARVALHO, Ernani. LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 6, n. 2, p. 399-422, jul.-dez., 2010.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e Judicialização da Política - cinco estudos de caso*. Porto alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

CENEVIVA, Ricardo. Accountability: novos fatos e novos argumentos – uma revisão da literatura recente. Anais do EnAPG 2006. *Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD*. São Paulo, novembro de 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O papel do Ministério Público na defesa do regime democrático. *Revista ANPR Online*, número 6, jan.-jun., 2008. Disponível em: <<http://www.acmp.org.br/>>. Acesso em: 16/05/2011.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. Aperfeiçoamento do sistema de investidura do Procurador-Geral de Justiça: Pressuposto para a afirmação do Ministério Público como defensor do regime democrático. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (coord.). *Ministério Público II: Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 115-129.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KERCHE, Fábio. O ministério público e a constituinte de 1987/88. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 232-252, abr.-jun., 1999.

\_\_\_\_\_. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Dados – revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro.. Ministério Público e a defesa do regime democrático. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (coord.). *Ministério Público II: Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999a, p. 88-114.

\_\_\_\_\_. *Ministério público*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: D. de Jesus, 2005.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano Andrade. *Accountability no Brasil: os cidadãos e os seus meios institucionais de controle dos representantes*. Tese (Doutorado) — USP, São Paulo, 2006.

O'DONNELL, Guilherme. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova*, n. 44. São Paulo: CEDEC, p.27-52, 1998.

PINHO, José Anônio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 43, v. 6, p.1343-1368, nov./dez. 2009.

SADEK, Maria Tereza. A Construção de um novo Ministério Público resolutivo (Palestra apresentada na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 08/09/2008) - *De jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 12, p. 130-139, jan.-jun., 2009.

# ***A APLICAÇÃO A LC 75, DE 20/05/1993 COMO GARANTIA DO PADRÃO VENCIMENTAL DOS APOSENTADOS***

*ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA*

A proposta acredita na aplicação em carácter subsidiário da Lei 8625/93, Omissa, para garantir aos aposentados vantagens atribuídas aos colegas em atividade, com exclusões de direitos e duas classes diferentes.

A aplicação da Lei Complementar n.º 75, de 20/05/1993 como garantia do padrão vencimental dos Aposentados.

## JUSTIFICATIVA

O Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tem como escopo os Princípios da UNIDADE, INDIVISIBILIDADE e Independência funcional (Art. 127 da CF).

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei n.º 8.625, de 12/03/1993.

Lei complementar n.º 75, de 20/05/1993, Organização, atribuições e Estatuto do Ministério Público da União.

As atribuições dos integrantes do Ministério Público dos Estados e da União são de relevância social, trabalham em regime próprio, na observância de prazos e atribuições nos plantões, prioridades, metas, Tribunal do Júri, extrajudicial etc.... obrigados a estudar e trabalhar nos finais de semana e até feriados. Embora não se leve em conta a *atividade de risco*, tem o estresse aliado a fatores genéticos e inclinação de doenças profissionais e/ou assédios morais e outras anomalias, que desgastam com o tempo a saúde daqueles que constroem ou construíram essa Instituição tão respeitada e detentora de credibilidade social. Como tudo na vida tem um custo, esse trabalho a partir da CF de 04/10/1988 foi redobrado e intensificado, a ponto de laboriosos e inúmeros colegas terem sido assassinados, aposentados precocemente, ou, se encontram naquela linha do desestímulo na combatividade, ao constatar os rumos que o país atravessa, sem muitas perspectivas no final do túnel de dúvidas e incertezas. O futuro para nós é muito mais improvável, que outras categorias da área jurídica em ascensão e ações afirmativas, que procuram a todo custo obter novos bônus, sem assumir o ônus respectivo.

Nesse turbilhão de arremedos, penduricalhos ou coisa que o valha, perdemos poder aquisitivo e a hipertrofia do Poder Executivo tem causado danos devastadores àqueles que precisam, pois, são seres humanos, acima de tudo, com família e contas a pagar, sofrem na pele, no momento da aposentadoria e após a mesma, uma quebra considerável, inarredável de uma das garantias constitucionais, a IRREDUTIBILIDADE dos vencimentos, sendo o princípio mitigado, a favor de soluções que acarretam distorções entre aposentados e em exercício funcional.

A solução por exemplo, para o benefício do AM previsto na Lei n.º 8.625/93 e da Lei Complementar 73/93 serviu de aparato e suporte para garantir aos membros do Poder Judiciário, sem que a previsão legal correspondente, uma prova indiscutível que representam um dos Poderes de Estado, e, o MP na verdade, um entre *sui generis*, que muitas vezes fica a reboque dos Magistrados do Poder Judiciário, como o é a denominação da carreira única nos países europeus.

É a segunda vez, que o Ministério de Pernambuco assegurou primeiro seu padrão vencimental na redução da diferença de entrância, após acionar primeiro os direitos da URV no cálculo da gratificação eleitoral em atraso, coisa que muitos nem se recordam mais, pois faz muito tempo, outros não tem conhecimento até hoje.

A situação que se vê obrigado os colegas aposentados na nossa humilde visão é que tem solução legal para a matéria. Talvez, não tenha previsão ou dotação orçamentária, que já é outra coisa. Outro encaminhamento.

O artigo 232 e 233 da Lei Complementar n.º 75/03 assim estabelece:

Art. 232. Os proventos da aposentadoria são integrais. No Parágrafo Único, ainda, estabelece o acréscimo de 20%, no caso de aposentadoria no último nível.

Artigo 233, Os proventos da aposentadoria serão revistos na mesma proporção e data em que se modificar a remuneração dos membros do Ministério Público em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios e vantagens à carreira, ainda que por força de transformação ou reclassificação do cargo.

Ora, colegas, se a Lei Orgânica Nacional é omissa quanto a garantia acima descrita, poderá ser aplicada subsidiariamente, E continua nos artigos 234 e 235, no tocante a carteira de identidade e na pensão por morte, bem como a revisão do benefício na forma do art. 233 do citado diploma legal.

Se o Ministério Público é UNO e INDIVISÍVEL, excluir aposentados das vantagens atribuídas a qualquer título aos colegas em atividade funcional, é na verdade uma interpretação no mínimo incompatível, no arcabouço jurídico brasileiro.

Se prevalecer esse entendimento, daqui a bem pouco tempo, seremos obrigados a mendigar aposentadorias ou nossos dependentes; pensões especiais, como aconteceu na década de 80, é só pesquisar nas páginas do Poder Executivo, pois o descompasso foi tão grande, que a pensão de um Juiz de Segunda entrância seria hoje o equivalente a menos de um salário mínimo. Acompanhamos de perto essa situação, porque em 1983 minha genitora, viúva de um Juiz de Direito de Segunda Entrância aposentado foi uma das beneficiadas, na gestão do Governador Marco Maciel, cujo Assessor Jurídico foi a pessoa que nos deu



posse em 17/09/1990- Dr. Olympio Costa Junior (*In memoriam*).

A construção da historia nos impõe sempre uma reflexão: *Se não somos eternos, um dia teremos que se aposentar ou morrer e daí?*

Em compromisso funcional com os aposentados apresento esse terceiro trabalho em homenagem aos grandes baluartes do Ministério Público Brasileiro, dentre os quais o Dr. JOSE TAVARES, com quem tive a honra de trabalhar, aprender bastante e a vestir a camisa, honrar e amar nossa Instituição.

Ao reler Roberto Lyra, na sua *Theoria e Prática da Promotoria Pública*, doado por meu tio e padrinho-Moacyr Breno Souto Maior - Aposentado em 1983 por motivo de saúde, na titularidade de Gravatá, compartilho com os colegas esse legado:

“Aos Promotores Públicos de todo o Brasil. Este livro é apenas um ensaio de sistematização, de coordenação, de dignificação do exercício da Promotoria Pública. Com o objectivo de despertar e nutrir as vocações, orientando, unindo, defendendo os colegas em actividade no paiz, a todos elles me dirijo, fraternalmente, solicitando notas, dados, esclarecimentos, sugestões para a segunda edição de “*Theoria e Prática da Promotoria Publica*”. Então, já em vigor, o Código do Processo Penal unificado permitirá o desenvolvimento da parte pratica e a fixação definitiva dos nossos problemas technicos. Qualquer collaboração, que rogo encarecidamente aos companheiros, deverá ser remetida para a rua Icatú n.º 85- Botafogo- Rio de Janeiro. Este trabalho, d’agora em diante, não será meu, mas nosso- sínteses dos nossos esforços e dos nossos ideais, Rio, junho, 1937- Roberto Lyra...”. Em todo o mundo, pois o Promotor Público é o interprete dos interesses gerais na punição dos criminosos e o responsável directo pela efficacia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão. Discute-se a legitimidade da intervenção do Ministério Público nos juizes cíveis e administrativos, mesmo para a defesa do Estado como pessoa juridica. Nega-se o cabimento de seu papel, além das fronteiras da Justiça Criminal, sustenta-se, até, que os limites de sua actividade coincidem com os da acção pública propriamente dita. Debate-se o seu lugar entre os poderes do Estado. Mas, ninguém, em parte alguma, inclusive os partidários de sua extinção, como MORTARA, contesta, ao menos pragmaticamente, as prerrogativas do Promotor Público, como arbitro, como iniciador, como encaminhador, como orientador das sanções aplicáveis a determinado réu por determinado crime. O Promotor Publico encerra, assim, as finalidades permanentes e autênticas do Ministério Público.” (pag.59/60).

Nas palavras do Príncipe do Ministério Público evidencia claramente a evolução Institucional difícil e sempre será, pois, sendo a voz da sociedade e de seus anseios está a mercê das intempéries, das forças políticas e daqueles algozes, que sonham em reduzir nossas atribuições e até nossas prerrogativas, no âmbito de um pais cravado em um lamaçal de corrupção generalizada, com exceções, é claro, mas que resolveram vir a tona de uma vez, como um tsunami misto de imoralidade e descaramento.

As finalidades funcionais e o destinatário de nossos serviços nem sempre compreendem o jogo político interno e externo das Institucionais que se dizem democráticas no Brasil.

Para trabalhar e continua a ser um MP reflexivo e resolutivo, é imprescindível um tratamento digno e critérios aos aposentados do Ministério Público Brasileiro, não se curvar ao imperialismo de alguns, que vivem na ilusão de nunca se aposentar. Na verdade, o Ministério Público Brasileiro está cumprindo o seu papel hoje, porque ontem e antes de ontem, labutou em bases solidas, em passos seguros, unos e indivisíveis, E como resposta social vem a Credibilidade da população pernambucana e brasileira, que confiam em nosso trabalho até os dias de hoje.

O amanhã esta por vir, mas hoje carecemos de uma maior mobilização, ciência e consciência na necessidade urgentes de respostas efetivas aos nossos colegas aposentados, que tem a seu favor a Constituição Federal e toda a legislação a seu favor, falta decisão política no âmbito estadual e Nacional, embora já se tenha dados alguns passos nesse sentido.

Entendemos que a insuficiência de recursos é um obstáculo quase intransponível, contudo a luta e resistência precisam ser mantidas firmes e acesas para não sucumbir sonhos e dismantelar vidas e famílias, que usufruíam de um *status* financeiros, e, quando carecem por motivo de saúde ou de outras ordens sofrem e são punidos pela integridade e honestidade durante anos a fio.

O debate entre Michel Foucault e Noam Chomsky em torno do tema NATUREZA HUMANA, JUSTIÇA vs PODER assim esclarecem sobre sociedade democrática: *Foucault diz “ não acredito nem por um instante que se possa considerar nossa sociedade como democrática. Se entendemos por democracia o exercicio efetivo do poder por uma população que não está dividida nem hierarquizada em classes, parece evidente que estamos bem distantes da democracia. Não há a menor dúvida de que vivemos sob um regime de ditadura de classe, de um poder de classe que se impõe pela violência, mesmo quando os instrumentos desta violência são institucionais e constitucionais, e, segundo a definição anterior, não podemos falar em democracia. Bem, quando o senhor me pergunta por que eu me interessava por política, eu me recusei a responder porque me parecia evidente. Mas talvez sua pergunta fosse: de que maneira eu me interessava por política? E se o senhor tivesse feito essa pergunta – e em certo sentido eu poderia dizer que fez – eu responderia que avancei muito menos que o Sr. Chomsky, que não vou tão longe quanto ele. Isso quer dizer que eu admito que não sou capaz de definir – nem, por razões mais profundas, propor – um modelo social ideal para o funcionamento da nossa sociedade científica ou tecnológica. Por outro lado, uma das tarefas que me parecem imediatas e urgentes,*



*acima de qualquer coisa, é esta: apontar e desmascarar, mesmo quando estão ocultas, todas as relações de poder político que, na verdade, controlam o corpo social e o oprimem ou reprimem. O que eu quero dizer é o seguinte: é comum, pelo menos na sociedade européia, considerar que o poder está localizado nas mãos do governo e que ele é exercido por meio de certo numero de instituições específicas, como a administração pública, a polícia, o exército e o aparelho de Estado. Sabe-se que todas essas instituições são feitas para elaborar e transmitir certo numero de decisões em nome da nação ou do Estado, para fazer que elas sejam aplicadas e para punir aqueles que não obedecem, creio, porém, que o poder político também é exercido por intermédio de certo número de instituições que, aparentemente, não têm nada em comum com o poder político, como se fossem independentes dele, o que não é verdade. Isso é sabido no que diz respeito à família, e sabemos que a universidade e, de maneira geral, todos os sistemas de ensino, que aparentemente apenas difundem o conhecimento, são feitos para manter determinada classe social no poder e para excluir os instrumentos de poder de outra classe social. Instituições ligadas ao conhecimento, à previdência e a assistência, como medicina, também ajudam a sustentar o poder político. Isso também é evidente, chegando a ser escândalos, em certos casos relacionados a Psiquiatria. Parece-me que a verdadeira tarefa política, em uma sociedade como a nossa, é criticar o funcionamento das instituições, que dão a impressão de ser neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política, que sempre foi exercida de maneira obscura, por meio delas seja desmascarada, para que se possa combatê-las. Essa crítica e essa luta parecem-me fundamentais por diferentes razões: primeiramente, porque o poder político tem raízes mais profundas do que se imagina; existem núcleos e pontos de apoio invisíveis e pouco conhecidos; sua verdadeira resistência e solidez talvez se localizem onde ninguém espera encontrá-las. Provavelmente não basta dizer que por trás dos governos e do aparelho de Estado existe uma classe dominante; é preciso revelar o local da ação, os espaços e as formas como essa dominação é exercida. Além disso, como essa dominação não é simplesmente a expressão em termos políticos de exploração econômica. Ela é seu instrumento e, em larga medida, a condição que a torna possível, a eliminação por meio da compreensão exaustiva da outra. Bem se não conseguimos identificar esses pontos de apoio do poder de classe, corremos o risco de permitir que eles continuem existindo e observar esse poder de classe se reconstituir mesmo após um aparente processo revolucionário". Chomsky responde "sim, sem dúvida, eu concordo com isso, não apenas na teoria, mas também na prática. Isto é, existem duas tarefas intelectuais: uma – a que eu estava discutindo-a é tentar criar a visão de uma futura sociedade justa, isto é, criar, se preferirem, uma teoria social humanista que seja baseada, se possível, num conceito claro e humano da essência humana ou da natureza humana. Esta é uma das tarefas. A outra tarefa é entender bem claramente a natureza do poder, da opressão, do terror e da destruição em nossa própria sociedade. E isso certamente inclui as instituições que o senhor mencionou, bem como as principais instituições de qualquer sociedade industrial, a saber, as instituições econômicas, comerciais e financeiras e, especialmente, no futuro próximo, as grandes corporações multinacionais, que não estão muito longe de nós," (pag.49-53).*

Na verdade, os aposentados deste país foram crucificados, principalmente aqueles com vencimentos melhores, compatíveis com seus cargos públicos, obrigados a pagar uma conta que não deram causa, sob o sofisma de serem responsáveis pelo déficit da Previdência, sem qualquer respaldo, como atesta a PEC-555. A nossa reação e nossa resistência nacional ao enfrentamento do problema, demonstrará perante aos demais que a perda significativa de uma parcela vencimental considerável, é clamor de todos, uma violência institucionalizada, desde a decisão do STF e dos Órgãos de controle social (CNJ e CNMP). Outra coisa, O Procurador da República (MPF) equipara seus vencimentos, pois já recebem essas vantagens por mais de cinco anos.

A acomodação não poderá ser a via de acesso. Pelo contrario, por meio da resistência inteligente e articulada, com apoio da CONAMP e das Associações Estaduais e Nacional dos Juízes.

É inconcebível conviver com essa dualidade de tratamento, violando a CF e a Legislação pertinente, sem buscar a solução legal, já que a política, continua difícil, num país sem crescimento econômico, redução de arrecadação nos estados e aumento considerável da inflação. Não queremos tumultuar, muito menos apavorar ninguém, mas a situação exige medidas urgentes e enérgicas por parte dos legitimados a resistir.

**CONCLUSÃO:** Aplicação da Lei Complementar 75/93 em caráter subsidiário a Lei Orgânica Nacional nº 8.635/93, no tocante a garantir aos aposentados as mesmas vantagens atribuídas aos colegas em atividade funcional.

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. LYRA, Roberto. *Theoria e Practica da Promotoria Pública*. Rio: Livr. Editora Jacintho, 1937.
2. CHOMSKY, Noam. *Natureza Humana: justiça vs poder: o debate entre Chomsky e Foucault*: editado por Fons Elders; [tradução Fernando Santos]-Seção Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
3. *Vade Mecum Saraiva*, /obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz

***CRITÉRIOS OBJETIVOS E  
HUMANIZADORES DE INSPEÇÕES  
E CORREIÇÕES NO ÂMBITO DA  
CORREGEDORIA GERAL DO  
MINISTERIO PÚBLICO BRASILEIRO,  
COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO  
DE ASSEDIO MORAL***

*ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA*

Sugestões criteriosas e humanizadoras para inspeções e correções como instrumento preventivo de assédio moral no âmbito da Corregedoria Geral do MP Brasileiro.

Crítérios Objetivos e Humanizadores de Inspeções e Correições no âmbito da Corregedoria Geral do Ministério Público Brasileiro, como instrumento preventivo de Assédio Moral.

*“Ninguém ganha no confronto com um perverso. O Máximo que se consegue é aprender algo sobre si mesmo”*

**Marie France Hirigoyen**

#### **JUSTIFICATIVA**

O Órgão Ministerial com o advento da Constituição Federal de 05/10/1988 se tornou um Poder-Dever, que desafiou a celebre separação de Poderes do Estado de Montesquieu. Agregado a novas atribuições e maior vinculação aos direitos sociais e individuais indisponíveis, atraiu para seu cotidiano intolerantes e como um dos legitimados a pleitear a efetivação de políticas públicas, perseguidores, atentos a criar meios e instrumentos para bater de frente com a identidade institucional consolidada com muito sacrifícios e resistências.

A credibilidade institucional é uma realidade inarredável. As atribuições e prerrogativas é sempre alvo de críticas e inversão de valores, pois como Defensores de Direitos Humanos, são alvos fáceis de grupos criminosos ou políticos partidários, com o interesse voltado para aniquilar as nossas garantias constitucionais, e, visam precipuamente perseguir representantes do Ministério Público brasileiro que promovem a Justiça, principalmente, aqueles, que atuaram na maioria das vezes, de maneira pioneira e que carecem de uma **retaguarda de garantias** para não sofrer retaliações ou juízos depreciativos, que objetivam simplesmente, alterar o foco de ação Ministerial, **VULNERABILIZANDO** os nossos quadros e assim desestimulando futuras gerações na carreira, ou, mudar de cargo, ou de unidade da federação, inobstante a presença vocacional, simplesmente por não concordar com certas iniciativas ou posturas, que primeiro são duramente criticadas, e, quando bem sucedidas, passam a ser assimiladas, sempre, olvidando, que por trás de cada Promotor ou Procurador de Justiça existe **um Ser Humano**, que pensa, sente e sofre, que tem família e não *superman ou superwoman*, que adoece, tem problemas familiares e outros, que, carecem de **compreensão e humanidade**, quando as misérias batem a nossas portas, sem pedir licença...

As férias, por exemplo, como direitos indisponíveis, são **UTEIS e IMPRESCINDÍVEIS**, em dois períodos anuais, em razão da natureza do trabalho e as limitações humanas. Cada colega ao retornar de férias não pode e não deve ser cobrado como responsável pelo acúmulo de serviços. Por outro lado, de licença médica em curto, médio e longo prazo, ser objeto de **CORREIÇÃO** ou **INSPEÇÃO**.

É importante consignar que os inimigos do MP são aqueles do âmbito externo, mas as vezes, a investidora inicial, a carreira e os objetivos pessoais ofuscam os verdadeiros aspectos teleológicos de cada órgão da Administração. Eventuais disputas internas, com ou sem êxito, às vezes, funcionam como meios de desentendimentos ou conflitos internos de caráter pessoal, que precisam ser atenuados e extintos, e, não inflamados ou reproduzidos. Durante vinte e cinco anos de trajetória como Promotora de Justiça vislumbro acertos e desacertos, próprios de qualquer Instituição, e, o MP não está acima do bem ou do mal.

Ao vislumbarmos o futuro e seus verdadeiros desafios, ousamos, mais uma vez. Agora com reflexões a cerca do Órgão Correcional, que, a nosso ver principalmente não atende ao princípio democrático, apenas uma parte vota e a maioria dos integrantes é excluída. Não somos eleitores na escolha do Corregedor Geral, que será o destinatário das ações da Corregedoria, a espera da escolha certa, muitas vezes, efetuada como uma composição de forças internas, onde o poder de decidir fica nas mãos de uma minoria. Por outro lado, nós os excluídos seremos os destinatários da atividade correcional, seja a ação boa ou má.

Algumas Unidades da Federação, assim, como o Paraná, tem um Manual da Corregedoria, que imprime normas de rotinas **UNIFORMES e CRITERIOSAS** para todos os membros, sem distinguir e sempre com critérios objetivos e subjetivos para a realização de uma Inspeção ou Correição, norteadas pelos Princípios da Legalidade, Transparência, Eficiência e Impessoalidade, bem como a observância da **DIGNIDADE HUMANA e o VALOR SOCIAL DO NOSSO TRABALHO**.

Se um determinado integrante do MP, por motivo de saúde fica ausente de sua titularidade, exercício pleno ou acumulativo, por tempo razoável, não deveria ser **CORRECIONADO** tão logo retorne ao trabalho. Por outro lado, se alguém é **PROMOVIDO** e /ou **REMOVIDO**, poucos dias antes de uma correição ou inspeção ter **EXERCÍCIO PLENO** em outra atuação funcional, deixando o ônus para outro colega. Poderíamos citar varias hipóteses de atuação correcional realizada de improviso, factual, parcial, repetitiva, quando outras áreas permanecem anos a fio sem qualquer fiscalização por parte da Corregedoria.

A ausência de estrutura mínima, carência de servidores e promotores de justiça suficientes, bem como a carga de horas trabalhadas, não podem ser artifício para criar embaraços, excessos de exigências e outras irregularidades, pois podem se enquadrar na prática de **ASSEDIO MORAL**.

O Dicionário Aurélio nos diz os significados: **ASSEDIO: pôr-se diante, sitiá-lo, atacar. MORAL: relativo aos costumes; conjunto de regras de conduta consideradas como válidas; quer pelo tempo ou lugar, quer pelo conjunto de nossas faculdades morais, brio, vergonha.**

CRITÉRIOS OBJETIVOS E HUMANIZADORES DE INSPEÇÕES E CORREIÇÕES NO ÂMBITO DA  
CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO,  
COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE ASSÉDIO MORAL

Assédio Moral seria *o ataque ao brio, à vergonha de determinada pessoa para o direito, significa criar formas de constranger a pessoa no ambiente de trabalho com o intuito de perversidade, desbancá-la, minar sua auto-estima, ferir a sua dignidade e personalidade, afrontar a vítima com um sentimento maléfico a ponto de querer desistir do emprego, pela demissão ou apressar aposentadoria, no âmbito do Serviço Público (1)*

A matéria é objeto da Psicologia, Sociologia e do Mundo Jurídico. A nossa remuneração é a contraprestação do nosso trabalho, no sentido amplo, portanto, qualquer um de nós poderá ser vítima ou agressor. A **vítima** é a pessoa destinatária do abuso psicológico e sutil por parte do agressor. O **agressor** é o sujeito que age pelo cargo que tem, age com perversidade, por inveja ou até pela busca de poder. É uma pessoa desprovida de Ética, incapaz de agir com nobreza de caráter. Não há uma categoria ou perfil de predestinação para se tornar vítima ou agressor nas relações intersubjetivas no **ASSÉDIO MORAL**.

A Lei n.º12250/06, de 09/02/2006, publicada pelo Estado de São Paulo (LEI CONTRA O ASSÉDIO MORAL), disciplina no art. 2º, Incisos I, II, III e Parágrafo Único o conceito legal de assédio moral e suas formas de manifestação.

O Projeto de Lei N.º4591/2001, que reforma a Lei N.º8.112, sobre Assédio Moral, de iniciativa de Rita Camata, Deputada Federal pelo PMDB/ES, ainda, não saiu do papel.

Uma das formas do assédio é *exigir que um Promotor de Justiça execute funções muito acima de suas possibilidades; fixar metas ou rotinas impossíveis; desvalorizar por juízos depreciativos a vida funcional ou a trajetória de trabalho realizado ou a ser concluído*. A vítima é o objeto de desvalorização para que se sinta culpada das coisas que vão acontecendo e pelo sentimento de vergonha que se alastra no meio ambiente do trabalho.

Entendemos que a nossa condição humana é inquestionavelmente relevante para todos os membros, independentemente do exercício de cargos na gestão e /ou nos órgãos superiores da Instituição (MP).

Cada unidade a ser correccionada ou inspecionada precisa atender as diretrizes do Conselho Nacional do Ministério Público e do CSMP, observada as reais condições de trabalho. O suporte material, servidores de apoio, natureza dos processos e as especificidades de cada um de *per si*. O tratamento precisa ser sempre **IGUALITÁRIO** e **EFICIENTE**. Além das demais exigências do art. 37 da CF.

O assédio moral é regulado apenas em algumas Leis Estaduais e Municipais. *“Por causa da prática de assédio moral ser cada vez mais freqüente, e não havendo uma legislação específica, faz com que o assediador fique numa situação confortável para cometer abusos sem que possa ser penalizado”*. (2)

No Brasil a CF estabelece princípios para solução dos casos concretos. O respeito pela **DIGNIDADE HUMANA** e o **VALOR SOCIAL DO TRABALHO**, previstos no art.1º, Inciso III e V, e art.170 preceitua a responsabilidade pelo dano causado. (3)

Na verdade, o Assédio moral é caracterizado pela *degradação deliberada das condições de trabalho, visto que, quando surte efeito, é capaz de instaurar um pacto de tolerância e silêncio coletivos. Quanto à gradativa desestabilização e fragilização da vítima. Esta paulatinamente perde sua auto-estima, duvida de si mesma e sente-se mentirosa à medida que se vê desacreditada pelos outros colegas. Dessa maneira aniquilam-se suas defesas e abala-se progressivamente sua autoconfiança, dificultando ou mesmo impossibilitando o desempenho de suas atividades laboriosas e as vezes familiar e sociais.* (4)

A resiliência de um pode ser menor ou maior com relação a aludida degradação. Se o agressor, por hipótese, for o Corregedor Geral ou Substituto, teremos duas alternativas: a) aceitar-se e ficar inerte, ou b) se defende e procurar resistir aos assédios morais. É importante registrar, que ambas as hipóteses são difíceis e causam transtornos e excessos para ambas as partes.

Uma avaliação expressa pela Corregedoria como atuação funcional **REGULAR**, por exemplo é muito vaga e se o colega trabalhou demasiado, nos finais de semana, feriados etc. A compreensão e humanidade são indicadores para se fazer gestão, em outras ações subsequentes. É preciso mitigar a velha ação preponderantemente de **EXIGENCIA** e se adequar ao **REAL** e **POSSÍVEL**. Muitos colegas que trabalham demais e sem usufruir do descanso merecido de todo trabalhador, se a exigência é diuturna, necessário a Corregedoria, como órgão **ORIENTADOR** tenha um olhar **HUMANIZADO** para todos. Os Princípios do devido Processo Legal, Contraditório e Amplitude de Defesa, muitas vezes passam ao largo para se exigir apenas cobranças, olvidando as condições vivenciadas no passado, quando era um Promotor ou Promotora e as condições de cada situação. Muitas colegas tão sendo acometidas de **câncer de Mama**, além de outros fatores concorrentes, pelas condições adversas que são obrigadas a enfrentar, sem o apoio que merecem nas horas difíceis, tais como: filhos e/ou maridos ou companheiros doentes; pais ou familiares, etc. Contingências naturais e previsíveis para todo ser humano. Antes de estarmos como integrantes do MP, somos **SERES HUMANOS**. Uma verdade universal.

Sem o Manual de Rotinas ou até Critérios como definir quais os destinatários das Inspeções ou Correções?

Quem vai decidir quantas **INSPEÇÕES** por ano serão feitas nesta ou naquela unidade. Como repetir ou não inspeções na mesma unidade inspecionada? Como o Conselho Superior do Ministério Público defere uma inspeção extraordinária nas **FÉRIAS** e/ ou **LICENÇA MÉDICA** do colega? Situações específicas que impõem respostas correspondentes, adstritas aos aspectos gerais, impessoais e hipotéticos, nunca casuísticos. O CSMP é um órgão com

funções específicas, mas quando a matéria não é relatada sob os auspícios finalísticos do interesse público, muitos colegas prejudicados precisam recorrer ao CNMP, que antes não existia. O número de Assessores na CGMP é legal? A acumulação de cargo de Conselheiro e Substituto do Corregedor é compatível entre si?

O Conselho Superior do Ministério Público sabe sempre o que a Corregedoria Geral está trabalhando? Essas indagações precisam ser conhecidas e definidas como tal. Um determinado Promotor ou Promotora de Justiça pode sofrer dez inspeções no ano? Em caso afirmativo essa situação jurídica precisa ser do conhecimento do Órgão Superior aludido, caso contrário, esse colega poderá estar sofrendo **ASSEDIO MORAL**. O assédio moral é internacional. A Organização Mundial de Saúde OIT cria normas para o meio ambiente do trabalho saudável e sustentável. Inúmeros colegas são acometidos de doenças profissionais. A nossa Saúde no ambiente de trabalho é estressante pela própria natureza. Não recebemos adicionais ou gratificação por atividade de risco. Mas, a vulnerabilidade concreta dos colegas, muitas vezes não chega ao órgão Correcional. Cobranças sim! Direitos as vezes ou para alguns?

*A humilhação constitui um risco invisível, porém concreto, nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, revelando umas das formas mais poderosas de violência sutil nas relações organizacionais, sendo mais freqüente com mulheres e adolescentes. Sua resposta se realiza “invisivelmente nas práticas perversas e arrogantes das relações autoritárias na empresa e na sociedade. A humilhação repetitiva e prolongada tornou-se prática costumeira no interior das empresas, onde predomina o menosprezo e a indiferença pelo sofrimento dos trabalhadores, que, mesmo adoecidos, continuam trabalhando”.* (5)

O assédio moral é uma realidade em várias instituições. **“De fato, alguns profissionais destacam que o assédio moral pode ser confundido com estresse, especialmente naquelas situações em que a carência de profissionais no quadro da instituição implica em sobrecarga individual de trabalho. Nestes casos, o profissional pode conotar o assédio ao estresse e atribuir seus efeitos ao excesso de atividade profissional (6 e 7)**

Como todos nós trabalhamos com prazos, as horas que excedem a jornada de trabalho, facilmente comprovado nas atividades forenses e até pesquisar em sites públicos, estudos da Doutrina e Jurisprudência demandam stress prolongados. Não é toa que, ainda, temos 60(sessenta) dias de férias por ano. O colega precisa de descanso, é um direito indisponível, a ponto, de não serem suspensas por meras especulações sem fundamento. A Medicina do Trabalho vislumbra muito bem essas condições.

#### **OS CRITERIOS OBJETIVOS e SUBJETIVOS PROPOSTOS**

**1- Correições Ordinárias** devem ser feitas em todas as unidades. Se durante o ano não for possível efetuar todas, o CSMP precisaria saber, do cronograma do ano seguinte. Para evitar o privilégio de colegas que não sofrem correição e/ou inspeção, enquanto outros são correcionados ou inspecionados mais de uma vez por ano.

**2-Correições Extraordinárias:** Sempre que for necessária, mas com decisão prévia do CSMP, evitando-se assim, que se erre o alvo ou se deixe de fazer pelo alvo. Todos são passíveis de correições. Não há nenhum membro blindado do controle interno e externo.

**3. Em ambos os casos o corecionado,** terá sempre os direitos e garantias constitucionais para se manifestar sobre o Relatório, em prazo razoável, antes de o CSMP ter conhecimento, sob pena, de cerceamento de Defesa, descumprimento do Contraditório e da Ampla defesa. No campo do Direito Administrativo o agente público só faz o que a lei autoriza.

**4. Inspeção Ordinária:** A Corregedoria Geral ao atender o Princípio da Transparência levará os critérios objetivos e subjetivos ao CSMP que recomenda as inspeções das unidades ali relacionadas, e, no caso, de Varas Comuns, fundamentar o motivo que apenas uma delas será inspecionada, evitando, **situações exdruxulas** onde umas são excluídas, sem qualquer fundamentação a respeito.

**5.Inspeções Extraordinárias não deveriam ser feitas em períodos de férias, de licença médica e/ou demais licenças legais. Com grave prejuízo para os inspecionados. Quando retornam de férias são presenteados com um acúmulo de trabalho razoável. Mister a fixação de um prazo razoável para nova inspeção é salutar.**

**6. Como ato vinculado todos os esclarecimentos prestados pelo integrante do MP ao Órgão Correcional precisam ser levados a deliberação do CSMP, inclusive com o pronunciamento do órgão nato no CSMP se acatou ou não os motivos ali relacionados, para ai sim, se manifestar sobre a instauração ou não do Procedimento Administrativo Disciplinar, evitando assim transtornos e inversões maléficas que prejudicam a boa fama e imagem daquele, sempre com o cuidado de se manter o SIGILO FUNCIONAL, para se evitar denegrir a imagem funcional de cada um, garantida pela Carta Magna e sujeito a reparação do dano.**

**7. O CSMP deve ter conhecimento prévio de todas as investigações feitas pelo Órgão Correcional, inclusive os descontos mensais feitos, no caso de exercícios cumulativos. Hoje como são feitos tais descontos?**

**Após mais de 25 anos de atuação ministerial até entendo que cada colega, aceite os ditames da Corregedoria Geral, contudo, discordo da postura de inércia ou de acomodação, pois, com Autonomia Funcional, limitadas pelo Princípio da Legalidade, até a autonomia do Corregedor Geral tem limites. Se cada**

um de nós aceitarmos o que vem na cabeça de qualquer Corregedor Geral, sem razoabilidade, estaremos corroborando abusos de autoridade e dando mais combustível a condutas abusivas, que um dia poderá prejudicar a própria IMAGEM INSTITUCIONAL, pois, quando se publica no Diário Oficial Portarias que vulnerabilizam colegas em qualquer unidade da Federação, não seremos dignos da insígnia de PROMOÇÃO DE JUSTIÇA. O Órgão Correcional precisa acordar sempre para esse novo MP Social, que trabalha em prol dos interesses da comunidade; que o Promotor de Justiça Criminal é imprescindível nas audiências criminais; que trabalha fora do expediente porque faz audiências diárias; que o Promotor de Justiça incorpora um cidadão que tem direitos e não apenas deveres; que suas dificuldades devem ser consideradas e fazer gestão junto ao PGJ e demais Órgãos Ministeriais para obter meios mínimos de trabalho e não só exigir e indicar aplicações de pena, com o modelo ultrapassado de gestão correcional.

A Humanização hoje é a palavra de ordem no pensamento científico e nas atividades laborais. O ser humano é olhado em sua quádrupla visão: física, emocional, social e espiritual. O dia a dia do Promotor de Justiça é estressante. O volume de trabalho é grande, e os desafios são inúmeros. Mas, a dedicação de cada um, empenho e trabalhos extraordinários precisam ser visíveis por parte de toda e qualquer Corregedoria. Muitas colegas adoecem em virtude dos excessos exigidos e cobrados. A qualidade de vida pessoal e funcional de cada colega de todas as entrâncias precisam ser discutidas. Devemos parar de sermos hipócritas, experimentei vinte e dois anos trabalhando em cidades do interior e daí, com audiências diárias, precisamos trabalhar fora do expediente e até nos feriados nos meios de semana, mas, infelizmente, na maioria das vezes, esse trabalho não é valorizado. E pior, é criticado, sem limites, o que é profundamente desestimulador, porque esquecer o passado e cobrar, sempre foi mais fácil que orientar e dar maiores condições aos colegas.

Resolvemos trazer a baila essas reflexões porque vivemos uma fase difícil no cenário Nacional, cuja nossa atuação será levada a prova e para isso, a UNIÃO é o caminho mais propício de enfrentamento. E sem uma Corregedoria Criteriosa não poderemos nos unir ao casuismo, radicalismo e muito menos ao sectarismo. O fenômeno pode ser melhor conhecido, para prevenir e coibir tal violência no Ministério Público Brasileiro. "Alguns autores ressaltam, ainda, que o pleno reconhecimento do assédio é imprescindível para cobrar das instituições políticas a responsabilização quanto ao tratamento do trabalho assediado, visto que o assédio pode gerar distúrbios físicos e mentais, além de comprometer os laços familiares e sociais".(8)

**Conclusão: Uma Corregedoria que trabalhe com critérios objetivos e Humanizadores. Com ações por meio de correções e inspeções, primando sempre pela Legalidade, Transparência, Ampla Defesa, Devido Processo Legal, sem olvidar as condições de dignidade humana e o valor social do trabalho de cada colega inspecionado ou corecionado de per si.**

Recife, agosto, 2015

**Rosemary Souto Maior de Almeida (43ª Promotora de Justiça Criminal da Comarca de Recife-PE- com atuação na Segunda Vara dos Crimes Contra Crianças e Adolescentes).**

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1- TERCIOTI, Ana Carolina. Assedio Moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTR, 2013, 123 p.

2- Ibdem p.56

3. HIRIGOYEN, MF. Assedio Moral: a violência perversa do cotidiano .7 Ed.: Rio de Janeiro, Bertand, Brasil, 2005.

4. BARRETO, MMS. Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhação: São Paulo: Educ. 2003.

5. CATALDI, Maria José Gianella. Stress no meio ambiente do trabalho: São Paulo: Ltr, 2011. 93 p.

6. FIORELLI Jô, Fiorelli MR, Malhadas Junior MJO. Assédio moral: uma visão multidisciplinar: São Paulo: Ltr, 2008

7. BOBROFF, **Maria Cristina Cescatt**. Assédio Moral, ética e sofrimento no trabalho. *BIOETICA*: Brasília, DF, v 21. n.2, p.251/258, março/agosto/2013.

8. CALVO, **Adriana**. O direito fundamental à saúde mental no ambiente do trabalho. O combate ao assédio moral institucional: Visão dos Tribunais trabalhistas: São Paulo: Ltr, 2014. 160 p.

9. CASSITTO MG, **Fattorine E, Gilioli R, Rengo C**. Sensibilizando sobre el acoso psicológico em el trabajo: orientación para los profesionales de la salud, tomadores de decisiones, gerentes, directores de recursos humanos, comunidad jurídica, sindicatos y trabajadores: Milan: OMS, 2004. (Serie Proteccion de la salud de los trabajadores. n.º 4).

10. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. Assedio: violência e sofrimento no ambiente de trabalho: assédio moral. Brasília: Ministério da Saúde, 2009(Serie F. Comunicação e educação em saúde).

12. GUEDES, **MN**. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: Ltr: 2003.

***MEMBRO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO E IMUNIDADE  
FUNCIONAL ENQUANTO FATOR  
INIBITÓRIO DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL E CRIMINAL***

*CELSO JERONIMO SOUZA*

Por força da Imunidade Funcional, os membros do MP, no exercício das suas atividades institucionais, não ficam sujeitos à Responsabilidade Penal ou Civil, devendo eventual lesão ou dano moral produzido em razão da sua atuação funcional, no âmbito ou fora do processo, ser suportado pelo Estado.



**MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMUNIDADE FUNCIONAL ENQUANTO FATOR  
INIBITÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL**

**Celso Jerônimo de Souza**  
**Promotor de Justiça e Secretário-Geral do**  
**Ministério Público do Acre. Pós-Graduado em**  
**Direito Processual Civil e Direito Público.**

- 1- **Introdução**
- 2- **Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana**
- 3- **Danos eventualmente causados pela atividade institucional do Ministério Público**
- 4- **Imunidade funcional conferida aos membros do Ministério Público e repercussão na esfera civil e criminal**
- 5- **Conclusões**

**1 . INTRODUÇÃO**

Para os ocupantes de determinados cargos, qualificados como agentes políticos, considerada a relevância social das atividades cometidas à Instituição a que se vinculam, como ocorre com os membros do Ministério Público, Judiciário e do próprio Parlamento, tanto o constituinte quanto o legislador ordinário entendeu por bem conferir-lhes proteções especiais, exatamente para bem desempenhar suas graves funções, que no caso do *Parquet*, foram significativamente ampliadas, a partir da Constituição Federal em vigor, a quem foi confiado a tutela dos interesses mais caros da sociedade, alçado ao patamar de instituição perene e imprescindível à função jurisdicional do Estado.

Aos integrantes do Ministério Público, assim como do Judiciário, são asseguradas as garantias da independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade vencimental, as quais em última análise pertencem à sociedade e não podem ser compreendidas ou apontadas como privilégios pessoais dos seus membros, mas como verdadeiras prerrogativas do cargo, deixando consignado que para os fins deste breve ensaio as garantias serão utilizadas como sinônimo de prerrogativas e sem qualquer preocupação em distinguir a instituição ministerial do seu agente.

Interessa, em particular, no presente estudo, abordar a prerrogativa da independência funcional, pela estreita relação que guarda com outra, a imunidade funcional, e as consequências jurídicas que dela resultam, gravitando em torno das demais garantias, a fim de evitar toda e qualquer forma de vulnerabilidade do agente político no escorreito exercício do seu mister institucional, abordando a problemática da sua (ir)responsabilidade civil e criminal, por dano ou lesão, que a atividade institucional eventualmente produzir, pois na bela lição de **Prudente de Moraes Filho**, o “Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência a juízes, pois age com autonomia, em nome da lei, da sociedade e da justiça”.

**2 . RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL OU AQUILIANA**

Na definição oferecida pelo legislador sobre a obrigação de indenizar, o Código Civil estabelece o seguinte:

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Art. 186. 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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

*Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*

*I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*

*II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*

*Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.*

Infere-se que sendo lícito o ato e sem culpa não gera o dever de indenizar (CC, artigo 188), ainda que dele possa resultar eventual dano a terceiro e a ressalva foi consagrada pelo parágrafo único do artigo 927, que tem esta dicção:

*Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.*

Observa-se que o legislador, em matéria de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, exige a investigação da culpa ou dolo do agente causador da lesão ao patrimônio jurídico de outrem. Sendo certo afirmar que a responsabilidade objetiva ou sem culpa é exceção.

Então parece não haver dúvida que o dano decorre de uma ação humana voluntária positiva ou negativa (ação ou omissão).

Perquirindo o sentido etimológico e jurídico, cabe responder que a responsabilidade civil significa uma contraprestação, encargo e obrigação, mas não se confunde obrigação com responsabilidade. Aquela traduz num dever jurídico originário, enquanto esta, a responsabilidade, é um dever jurídico sucessivo consequente, como ensina **Sérgio Cavalieri Filho**<sup>1</sup>.

Importante lição é oferecida por **Rui Stoco**, ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, professor e conferencista renomado, muito conhecido no mundo jurídico pela sua enorme contribuição aos operadores do direito em matéria de responsabilidade civil, estudioso incansável desse assunto, com diversas publicações nesta seara, deixou consignado que: *A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim respondere, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana*<sup>2</sup>.

Reforça **Silvio Rodrigues**: *A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam*<sup>3</sup>.

Lembra, com inteira razão, **José de Aguiar Dias** que: *O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar*<sup>4</sup>.

Para existir a **possibilidade de reparação** de um dano ou lesão de um bem jurídico de cariz patrimonial ou moral, é **imprescindível** que **entre o evento** e a **conduta** ilícita do agente tenha **relação de causalidade**. Estabelecidas estas premissas que se apresentam inexoráveis, **não havendo a conduta** é impossível afirmar que se produziu uma lesão ou redução no patrimônio jurídico de alguém.

Na abalizada opinião da professora **Maria Helena Diniz**<sup>5</sup>, para configurar o ato ilícito que encerra a responsabilidade subjetiva é necessário:

- a)- *fato lesivo voluntário*, sendo inafastável que o infrator tenha conhecimento da ilicitude do seu ato ou consciência dos prejuízos que advêm do seu ato;
- b)- *ocorrência de um dano*, pois para que haja pagamento da indenização pleiteada, além da prova ou do dolo do agente, é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral;
- c)- *nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente*.

Desse entendimento não destoa a cátedra sempre lúcida de **Washington de Barros Monteiro**<sup>6</sup>, emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, reforçado por **José Cretella Júnior**<sup>7</sup>, que também foi professor da mesma instituição, onde lecionou a matéria de Direito Administrativo.

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

<sup>2</sup> STOCO, Rui. Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 114.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 18ª edição, volume 4. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 5.

<sup>4</sup> DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011, p. 819.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Obrigações, 20ª edição, 3º vol., Saraiva, p.p. 794/5.

<sup>6</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 20ª edição, 5º vol., Saraiva, p.392.

*Para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem, segundo os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, devendo, o agente, recompor o patrimônio do lesado, desde que presente a subjetividade no ilícito*<sup>8</sup>.

De mais a mais, a hermenêutica dos sobreditos comandos normativos não oferece a menor dificuldade intelectual ao aplicador do direito quando admite a reparação de danos pelos membros do Ministério Público e do Judiciário, **apenas quando** agirem **com dolo** ou **fraude** e somente deverá ser aceita mediante ação regressiva do Estado.

### 3. DANOS EVENTUALMENTE CAUSADOS PELA ATIVIDADE INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Se da atividade funcional dos membros do Ministério Público houver lesão ou prejuízo ao patrimônio jurídico de alguém, a responsabilidade civil será do Estado. Não parece ser outra a conclusão oferecida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, salvo, como dito em outro lugar, se **agir com dolo ou fraude**, caso em que a obrigação de reparar ficará a cargo do agente causador, porém, mediante ação regressiva estatal, sendo parte ilegítima para figurar na polaridade passiva da ação ressarcitória originária, conforme positivado na parte final do artigo 37, § 6º, da Lei Maior e o artigo 85 do CPC, *verbis*:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

*Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.*

O novo CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que passa a vigorar em 17/03/2016 foi mais específico sobre a questão, preceituando que:

*Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.*

Aquele dispositivo legal do Código Buzaid versando sobre os agentes ministeriais, não difere do imperativo contido no artigo 133, I, ainda em vigor, que se acha assim grafado:

*Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:*

*I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.*

A seu turno, o artigo 143 do novel Código de Processo Civil, que se encontra no período de *vacatio*, em relação aos juizes, apresenta novidade apenas no tocante ao *caput*, ficando o seu inciso I, com a mesma redação do atual, sendo relevante conferir o que representa a inovação, senão vejamos:

*Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:*

Não teria o menor sentido imaginar que o Ministério Público, enquanto porta-voz da cidadania, *um dos órgãos*, por meio dos quais o Estado manifesta sua soberania, no dizer de **Hugo Negro Mazzilli**, ao receber do constituinte a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos sociais e individuais indisponíveis, considerados interesses essenciais à sociedade, dotando-lhe, para tanto, de garantias e dos instrumentos indispensáveis ao exercício dessa tutela pudesse, o seu membro, sentir-se intimidado pela repercussão na vida do infrator, por mais elevada que seja sua posição no estamento social e os riscos de eventuais retaliações que disso possa representar, inclusive, no aspecto da responsabilidade civil e criminal.

Por isso que, ao lado e a partir das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência funcional, o legislador entendeu, que era preciso, também, até como corolário da

<sup>7</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 5; 7-8

<sup>8</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil nas atividades perigosas, in Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 2ª edição, Saraiva, coordenação de Yussef Said Cahali, p 93-95.

última, outorgar aos membros do *Parquet* a indispensável prerrogativa da imunidade funcional, como logo mais será objeto de reflexão, ainda que, evidentemente, sem a pretensão de esgotar o tema.

Na visão de **José Cretella Júnior**, reportando-se a atuação dos membros do Ministério Público *os atos danosos, que porventura praticarem, empenham a responsabilidade civil do Estado, que arcará com a reparação*<sup>9</sup>.

Por seu turno, **Nelson Nery Júnior**, professor titular da Faculdade de Direito da PUC-SP, quando comenta o artigo 85, do CPC assevera que os **membros do MP são agentes políticos e, assim como ocorre com os juízes, somente respondem por responsabilidade, quando agem com dolo ou fraude no exercício de sua função. Não estão sujeitos a responsabilidade quando agem com culpa. As hipóteses de responsabilidade dos juízes e do MP são arroladas em numerus clausus, taxativamente, não comportando ampliação**, de forma que *o prejudicado por ato doloso ou fraudulento praticado pelo MP tem direito de ressarcir-se por meio de ação dirigida contra o poder público (CF 37 § 6º)*<sup>10</sup>.

Os ensinamentos de **Paulo Salvador Frontini** não diferem quando explica: *sempre que o órgão do Ministério Público agir com dolo ou fraude deverá pelos prejuízos responder o Estado. O órgão do Ministério Público responderá por via de regresso*<sup>11</sup>.

A despeito desse tema, ainda, não é prudente olvidar as lições do professor **José Afonso da Silva**, que com percuciência e inegável autoridade afiança que: *A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também*.<sup>12</sup>

De igual modo, não se prescinde da preleção de **Hely Lopes Meirelles** quando sugere que a Carta Republicana desautoriza a responsabilização direta do servidor pelo lesado impondo seu chamamento a juízo não por este, mas pelo órgão público interessado em ressarcir-se, com a obrigação de demonstrar a culpa, em ação autônoma, porquanto *o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente*<sup>13</sup>.

Chamado a se pronunciar sobre o assunto, o **Tribunal de Justiça de São Paulo** firmou o seguinte entendimento:

**RESPONSABILIDADE CIVIL – Lei de imprensa – Funcionário público – Promotor de Justiça – Ilegitimidade passiva e independência funcional – Carência mantida – Recurso não provido. (TJSP – AC 86.922-4 – São Paulo – 2ª CDPriv – Rel. Des. Osvaldo Caron – 16.11.1999 – v.u.) (GN).**

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

**DIREITO ADMINISTRATIVO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – CIVIL E CONSTITUCIONAL – EMBARGOS INFRINGENTES – DEPUTADOS DISTRITAIS – AGENTES PÚBLICOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO DISTRITO FEDERAL – Agente político é espécie do gênero agente público, devendo, também esta categoria ser compreendida no conceito de ‘agente’, constante do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual adota a regra da responsabilização objetiva do Estado. Legitimidade passiva do Distrito Federal para a ação de responsabilidade civil fundada em ofensa à honra e à boa fama da autora alegadamente praticada por deputados distritais. Embargos infringentes improvidos. Conhecer e negar provimento. Unânime. (TJDF – EIC 506332000 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Mario Machado – DJU 31.10.2000 – p. 7).**

Para colocar uma pá de cal sobre o assunto, vale trazer à conferência, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 228.977-SP, Rel. Ministro **Néri da Silveira**, julgado em 05/03/2002, publicado no DJU de 12/4/2002, objeto do seu Informativo nº 263, com essa decisão:

**Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação**

<sup>9</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, 9ª edição, São Paulo: RT, p. 277.

<sup>11</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. A responsabilidade civil do órgão do Ministério Público. *Justitia* 83/35.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 575.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 27ª edição. São Paulo: Malheiros, pp. 470 e 627.

*específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.(GN).*

Antes disso, o Informativo nº 259, de 4 a 8 de março de 2002 já havia noticiado que:

*Pelos atos supostamente ofensivos praticados por autoridade judiciária, no exercício de suas funções, responde o Estado, ao qual é assegurado o direito de regresso nas hipóteses de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º). Com esse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - que considerando existir responsabilidade concorrente entre o Estado e o magistrado pelos eventuais danos causados por este, no exercício de suas funções, a terceiros, determinara o regular prosseguimento de ação de reparação por dano moral ajuizada contra juiz - para reconhecer a ilegitimidade passiva do magistrado demandado, já que a ação deveria ter sido proposta contra o Estado. Tratava-se, na espécie, de ação de indenização por danos morais proposta por prefeito contra juiz, com base nos termos usados em decisão prolatada em ação popular e em discurso proferido publicamente. (CF, art. 37, § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."). RE 228.977-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 5.3.2002.(RE-228977)*

#### **4. IMUNIDADE FUNCIONAL CONFERIDA AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REPERCUSSÃO NA ESFERA CIVIL E CRIMINAL**

Os integrantes do Ministério Público são depositários da imunidade judiciária pelos atos praticados no exercício da atividade funcional, isto é, são invioláveis pelas opiniões ou manifestações lançadas, a exemplo do que acontece com a imunidade dos membros do Judiciário, do Parlamento e imunidade profissional dos advogados, afastando, tal prerrogativa, a responsabilidade civil e criminal do seu titular.

Disso resulta inferir que o ato praticado, uma vez integrando o **acervo de atribuições** do Ministério Público, afigura-se desautorizado ao **Judiciário** elevá-lo à condição de **ilícito** civil ou criminal, passível de reparação no âmbito civil ou penal, a menos que se faça **letra morta** do disposto nos artigos 127 e 129, da Constituição Federal e artigo 41, V, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Por falar nisso, prevê o artigo 127, § 1º, da Carta Republicana o seguinte:

*Art. 127. 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.*

*§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**.*

*As funções confiadas ao Ministério Público estão previstas no artigo 129, da Lei Magna, entre elas, vale destacar a de **promover, privativamente, a ação penal pública; 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; a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; exercer o controle externo das atividades policiais.***

Enquanto o artigo 41, V, da sua Lei Orgânica Nacional é cogente ao estabelecer que:

*Art. 41 – Constituem **prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função**, além de outras previstas na Lei Orgânica:*

*[...]*

*V – gozar de **inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional.***

A imunidade material assegurada pelos textos do artigo 127, § 1º, *in fine*, da *Lex Major* e artigo 41, V, da Lei Federal nº 8.625/93 é **irrenunciável** e, por razões óbvias, **não poderia ficar num patamar inferior** (pela relevância das atribuições ministeriais), à **imunidade profissional** outorgada ao **advogado** pelo artigo 133, da Constituição Federal e artigo 7º, § 2º, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, como **não difere** da **imunidade parlamentar** conferida pelo artigo 53, *caput*, da mesma Carta Política, tudo para que o membro possa cumprir de forma plena, independente e altiva o seu grave mister.



Enfatiza **Emerson Garcia** com muita propriedade, ao discorrer sobre a independência funcional, que os membros do Ministério Público *não podem ser responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial*<sup>14</sup>.

Pondera **Hugo Nigro Mazzilli** que a independência funcional é prerrogativa e a **imunidade** é uma das suas vertentes assegurada aos membros do *Parquet* para o *correto cumprimento dos misteres* que a lei lhe confiou, ressaltando, porém, que ela pertence *à própria instituição e não ao indivíduo*<sup>15</sup>.

Sobre esse tema, anota, ainda, **Pedro Roberto Decomain**, que *não ficará o membro do Ministério Público sujeito a procedimento criminal, ou processo civil de eventual indenização por pretensos danos morais, em virtude de suas manifestações e posicionamentos nos feitos em que lhe caiba officiar*<sup>16</sup>.

A propósito, por falar em imunidade funcional, o STJ em decisão lapidar tirada do REsp 790.807-MG, sob a relatoria da Ministra **Denise Arruda** julgado em 9.10.2007 e publicado no DJ de 5.11.2007, p. 225 confirmando acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais **afastou os danos morais** por manifestação de Promotor de Justiça contra decisão de Juiz, ao decidir que:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA POR MAGISTRADO EM FACE DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. ATO ILÍCITO E DANO MORAL NÃO-CARACTERIZADOS. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO PARCIAL DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 159, DO CC/1916, 186, DO CC/2002, E 4º DA LEI 1.060/50. NÃO-OCCORRÊNCIA. DOUTRINA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.*

*1. O acórdão local deu solução adequada à controvérsia, porquanto não caracterizados o ato ilícito e o dano à honra subjetiva do Juiz. As palavras e expressões empregadas pelo Promotor no exercício de suas atribuições funcionais – embora rispidas e desnecessárias – não configuram, concretamente, o animus injuriandi, e, conforme ressaltado, não foram dirigidas à pessoa do Juiz, mas proferidas no contexto e nos limites da causa.*

*2. O juiz, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode conceder o benefício da gratuidade judiciária parcial. Exegese do art. 13 da Lei 1.060/50. Doutrina.*

*3. Se o Tribunal de Justiça entendeu que o recorrente tem condições de arcar, em parte, com as despesas do processo, a reversão dessa conclusão – notadamente para se saber se, de fato, o magistrado é hipossuficiente e faz jus, nos termos da lei, à integralidade do benefício – pressupõe, necessariamente, o reexame de provas, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmula 7/STJ).*

*4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.*

O mesmo Sodalício, quando julgou o **HC 18.315-AC**, em 18.12.2001, publicado em 25.2.2002, Rel. Ministro **Edson Vidigal**, que teve como pacientes Promotores de Justiça do MP acriano acusados por advogado da prática do crime de calúnia, pelo fato de ter sido demandado em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa decidiu:

*PROCESSUAL PENAL. PROMOTORES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO COMETIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE. QUEIXA-CRIME POR CALÚNIA.*

*1. Evidente atipicidade da conduta, eis que não imputado ao querelante qualquer conduta delituosa, que sequer negou a ocorrência dos fatos.*

*2. Nos termos da Lei 8.625/93, art. 41, V, é prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos.*

*3. Pedido de Habeas Corpus deferido para trancar a ação, por ausência de justa causa.*

No mesmo sentido, o STJ julgando o AREsp 232.884-RS em 16.10.2012 negou trânsito a recurso especial por decisão unipessoal da lavra do eminente Ministro **Mauro Campbell Marques**, confirmando acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que recusara indenização em ação proposta contra a União, por conta da atuação do Ministério Público Federal deixou gizado o seguinte:

*ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATUAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O exercício regular do Ministério Público não importa a responsabilização civil de seus membros nem da própria instituição, que, aliás, não tem personalidade jurídica. Assim, quando não houver dolo, fraude,*

<sup>14</sup> GARCIA, Emerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

<sup>15</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 3ª edição. São Paulo Saraiva, 1996, p. 149.

<sup>16</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 350.

*ilegalidade, desvio de finalidade ou abuso de poder, como é o caso dos autos, não é admissível a responsabilização civil em decorrência de ato ou omissão do órgão de execução do Ministério Público.*

2. *Hipótese em que demonstrado que a atuação ministerial deu-se nos estritos limites institucionais de suas atribuições e de sua independência funcional. (art. 127, § 1º, da CF/88).*

3. *Tomando em conta os três elementos reconhecidamente essenciais na definição da responsabilidade civil - a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro - a questão colocada neste feito não se amolda aos parâmetros jurídicos do dever de responsabilização, no caso, da União, pelos prejuízos alegadamente sofridos pelo autor, nada havendo a reparar na sentença recorrida.*

[...]

*No tocante à alegação de violação dos artigos 944 do CC, 142, I, do CP e 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, verifica-se que foi com base nos fatos e provas constantes nos autos que a Corte de origem decidiu que não deve ser acolhida a pretensão indenizatória, eis que o Procurador da República não atuou com fraude ou dolo (fl. 426/427): É que a sociedade não espera seja o membro do Ministério Público traído e receoso, sendo certo que ele deve estar livre para atuar em favor da coletividade sem ingerências externas, adstrito só à sua consciência e às leis. Dessa forma, o exercício regular do Ministério Público não importa a responsabilização civil de seus membros nem da própria instituição, que, aliás não tem personalidade jurídica.*

*Assim, quando não houver dolo, fraude, ilegalidade, desvio de finalidade ou abuso de poder, como é o caso dos autos, não é admissível a responsabilização civil em decorrência de ato ou omissão do órgão de execução do Ministério Público. Ao invés, presente algum daquelas hipóteses, responde em primeiro lugar o poder público (art. 37, §6º, da CF/88), sendo-lhe assegurada ação regressiva em face do membro do Ministério Público que atuou irregularmente.*

*No caso dos autos, como referido, o Procurador da República não atuou com fraude ou dolo (art. 85 do CPC), quando do oferecimento da Representação, posteriormente convertida em denúncia, a qual, diga-se, foi dirigida à pessoa física e não à Sociedade de Advogados, máxime porque tais medidas estão previstas na Constituição Federal entre as funções institucionais do Ministério Público, dentre elas, promover, privativamente, a ação penal pública, (art. 129, I), à luz do princípio da obrigatoriedade, previsto nos arts. 24, caput, e 28 do Código de Processo Penal, e porque nos estritos limites de suas atribuições e de sua independência funcional (art. 127, §1º, da CF/88), razão pela qual não é de ser acolhida a pretensão indenizatória, mantida a sentença nos seus exatos termos.*

Em 6.11.2007, da mesma Corte Superior, por decisão singular do Relator, Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, negou seguimento ao **REsp 603.873-AC** desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Acre, que em sede de *habeas corpus* trancara ação penal proposta contra advogado que após a audiência, na presença do juiz, desacatara Promotor de Justiça, com o seguinte verbete:

*HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ATOS E PALAVRAS PROFERIDOS EM JUÍZO, POR ADVOGADO, NA DEFESA DOS INTERESSES DE SEU CLIENTE, CONTRA O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CRIMES DE DESACATO E INJÚRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - IMUNIDADE JUDICIÁRIA (CÓDIGO PENAL, ART. 142, I) - IMUNIDADE PROFISSIONAL (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º, § 2º) - CONCESSÃO DA ORDEM.*

1 - *"Havendo o advogado, no estrito exercício profissional do animus defendendi, pronunciado exacerbadas palavras contra o representante do MP, sem que se vislumbre o animus calumniandi ou injuriandi, não há como enquadrá-lo nas condutas típicas do arts. 138, 140 e 141 do CP, como pretende a denúncia, posto que acobertado pela imunidade judiciária prevista na Carta Magna" (STJ - RHC 3042-1 - Rel. Flaquer Scartezini - RT 705/379).*

2 - *Não caracterizam o crime de desacato as expressões provenientes de um mero desabafo ou revolta momentânea, haja vista que o dolo deste crime consiste na vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa como propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige.*

Por fim, não pode ser olvidado o julgamento do **REsp 1.314.163-GO** ocorrido em 11.12.2012, publicado no DJ em 4.2.2013, Relator Ministro **Castro Meira**, em que veicula ação reparatória de juiz contra membro do Ministério Público.

O especial restou provido e **desconstituído o decisório que condenara** o Estado e o órgão ministerial a indenizar supostos danos morais suportados por um magistrado de Goiás, isto porque o Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, numa entrevista coletiva à imprensa local teria informado a existência de notícia criminis envolvendo a prática de crimes pelo autor (juiz).

Na instância singela, tanto o Estado quanto o chefe do *Parquet* goiano findaram condenados por danos morais, afastados os materiais.

Houve recurso e o Tribunal de Justiça local reformou a sentença **apenas para reduzir o valor da indenização**. Esgotadas as vias ordinárias, a matéria foi submetida ao crivo do STJ onde a pretensão recursal findou acolhida.

Diante disso, afigura-se apropriado trazer à colação no que interessa trechos do bem lançado voto condutor da lavra do Ministro **Castro Meira** acompanhado por todos os demais integrantes do órgão colegiado alertando que os negritos não constam do original:

*[...] a mera concessão de entrevista por membro do Ministério Público relatando a existência de acusações contra magistrado supostamente envolvido em esquema de venda de sentenças e informando a população acerca das providências a serem tomadas pelo Parquet, ainda que a manifestação contenha preliminar juízo de valor acerca dos fatos, não configura ato ilícito capaz de ensejar indenização por danos morais, quando ausente manifesto excesso ou inequívoco animus de desmoralizar a pessoa investigada, mormente nos casos em que o indivíduo já está sendo alvo de denúncias sérias de natureza congênera.*

*Há de reconhecer-se, na espécie, que a autoridade ré atuou no cumprimento do dever legal inerente ao Ministério Público, cingindo-se a responder as perguntas de profissionais da imprensa acerca do noticiado escândalo que envolvia membro do Poder Judiciário.*

*[...]*

*Não se verifica na mera descrição dos graves fatos que chegaram ao conhecimento do órgão ministerial qualquer palavra ou expressão de onde se possa detectar o animus voltado para o menosprezo ou vilipêndio à pessoa do recorrido....*

*[...]*

*[...] não se pode inculpar o Ministério Público do Estado de Goiás ou o órgão oficiante pela repercussão natural que a gravidade do fato encontrou nos meios de comunicação. Decerto, a mera investigação da ocorrência haveria de provocar comentários que desagradam ao imputado. Entretanto, a condição de magistrado não implica uma vedação à notícia do fato ou ao direito à sua divulgação. Também não se pode inferir que a mera circunstância da convocação dos profissionais da imprensa implique a responsabilização pessoal do agente público pela prática de "fato por demais ofensivo à reputação, à honra e a imagem do referido Juiz, colocando em cheque seu bom nome, sua moral, integridade e sua imparcialidade (esta última requisito para cumprimento de suas funções de forma reta e ílibada)", como está consignado no voto condutor do acórdão recorrido...*

*[...]*

*ao contrário do que constou no acórdão recorrido, não se pode admitir que a divulgação dos fatos somente deixaria de possuir conteúdo ofensivo e pejorativo na hipótese de anterior condenação nas penas referentes às condutas ilícitas imputadas, com sentença transitada em julgado. Seria revestir a magistratura de uma proteção incompatível com o espírito da Constituição vigente, em especial os princípios da publicidade e da indispensável transparência dos atos públicos [...] Reproduzo, doravante, a ementa e os trechos do voto condutor lançado pelo Desembargador Vitor Barboza Lenza, respectivamente, para perfeita compreensão do acima aludida. Confira-se: **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DIREITO À VIDA PRIVADA. DIREITO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE [...].***

Corroborar essa posição, precedente do Supremo Tribunal Federal e, no caso, quem estava na berlinda era um magistrado que sofrera uma representação criminal, apenas porque foi fiel ao imperativo do seu cargo, fazendo cumprir a Constituição Federal e as leis desse país, sendo conveniente confrontar a sinopse do julgado da lavra do decano da Corte:

**QUEIXA-CRIME - DELITOS CONTRA A HONRA SUPOSTAMENTE COMETIDOS POR MAGISTRADOS NO JULGAMENTO DA CAUSA - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL - IMUNIDADE FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS (CP, ART. 142, III, E LOMAN, ART. 41)- ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - DISCURSO JUDICIÁRIO COMPATÍVEL COM O OBJETO DO LITÍGIO E QUE GUARDA, COM ESTE, INDISSOCIÁVEL NEXO DE CAUSALIDADE E DE PERTINÊNCIA - AUSÊNCIA, AINDA, DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" - INADMISSIBILIDADE DA PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL - CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL.. - O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o "usus fori" e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e de pertinência. Doutrina. Precedentes. A "ratio" subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do "officium judicis", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial - que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção - traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres. (Inq. 2699-DF. Rel. Ministro Celso de Mello, Julg. 12/03/2009, Publ. 08/05/2009).**



Antes desse julgado, como visto alhures, a Suprema Corte ao julgar em **5.3.2002** o Recurso Extraordinário 228.977-SP, que teve a relatoria do Ministro **Néri da Silveira** envolvendo ação reparatória proposta em desfavor de um magistrado deliberou que:

*Ação reparatória de dano por ato ilícito. [...] A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.*

No entanto, o trecho extraído não diz muito sendo imperioso consultar outras frações, agora do voto condutor, com destaques aditados:

*[...] pelos atos imputados ao juiz demandado quer pelas expressões consideradas ofensivas à honra do autor, usadas em decisão prolatada em ação popular, quer em discurso proferido, [...] No apelo extremo, o recorrente alega afronta ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, sob o fundamento de que seria exclusiva a responsabilidade do Estado. 2. A irrisignação do recorrente merece acolhimento, já que a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. É que, embora seja considerada um agente público - que são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório -, os magistrados se enquadram na espécie agente político. Estes são investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, requisitos, aliás, indispensáveis ao exercício de suas funções decisórias. [...] . Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)... " (Negritos não-originais, assim como os futuros.) 2.1 Tais agentes, portanto, não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções. Com efeito, o magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atuou em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe fora imposta constitucionalmente. Do mesmo modo, ao presidir a solenidade de diplomação dos candidatos eleitos em 1992, o MM. Juiz de Direito se manifestou como autoridade pública (agente político), razão pela qual não poderia ter sido diretamente acionado pelo postulante. 2.2 [...] Desse modo, em consonância com o comando constitucional, o postulante deveria ter ajuizado a ação em face da Fazenda Estadual - responsável pelos eventuais danos causados pela autoridade ao exercer as suas atribuições -, a qual, posteriormente, teria assegurado o direito de regresso contra o responsável nas hipóteses de dolo ou culpa. [...] A responsabilidade do Estado por atos judiciais é assunto relevante no campo do direito e tem sido bem tratado pelos tribunais brasileiros. É uma espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, porque o ato judicial é, antes de tudo, ato público, ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário. O magistrado é equiparado, para esses efeitos, ao funcionário público. Pelos prejuízos que os atos judiciais, quer jurisdicionais, quer não-jurisdicionais, causem ao administrado, responderá o Estado, quer se prove a culpa ou o dolo do magistrado, quer os danos sejam ocasionados pelo serviço da administração da Justiça, que é, primordialmente, um serviço Público do Estado. Se há uma culpa ou dolo do julgador, o Estado responde pelos prejuízos causados, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano.*

Nessa esteira também, ainda do STF, importante destacar decisão monocrática da Ministra **Ellen Gracie**, no RE 445.906-AC em **18.3.2009**, publicada no dia **31.3.2009**, em que deputado estadual usara não apenas a tribuna da casa legislativa, mas a imprensa local para assacar a honra de Promotores e Procuradores de Justiça do MP acriano, cassando acórdão de Turma Recursal que o condenara a reparar danos morais.

Sua Excelência, a nobre Relatora, para acolher o apelo extremo, deixou assentado o seguinte:

*Trata-se de agravo regimental da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto por João Correia Lima Sobrinho. Transcrevo trecho da decisão: '(...) No caso, pela análise dos autos, constata-se que o recorrente ultrapassou suas prerrogativas parlamentares. Logo, não está o recorrente protegido pela imunidade parlamentar, sendo devida a indenização por danos morais. (...)'* (fl. 318) 2. *Assiste razão à parte agravante, pois o entendimento desta Corte, no caso em tela, é em sentido contrário ao da decisão agravada.* 3. *Portanto, reconsidero a decisão de fls. 316-318 e passo a julgar o recurso extraordinário.* 4. *Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cível e Criminal da Comarca de Rio Branco que impôs a reparação dos prejuízos de ordem moral suportados por promotores e procuradores de justiça do Ministério Público do Estado do Acre, atingidos por expressões injuriosas proferidas por parlamentar na imprensa local e na tribuna da Assembléia Legislativa.* 5. *O recorrente sustenta que a decisão*

*recorrida ofende o disposto no art. 53 da Constituição Federal e o art. 40 da Constituição do Estado do Acre. 6. O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso. 7. Embora não seja cabível recurso extraordinário por ofensa à Constituição estadual, conheço do pedido na parte relativa à violação à Constituição Federal. Estas foram as palavras do recorrente extraídas da fita de vídeo de entrevista sobre assuntos diversos concedida em programa de televisão, única prova juntada aos autos pela autora, assim como relatadas pelo juiz que proferiu a sentença, a qual transcrevo in verbis: '(...) por isso o Deputado (fazendo referência ao Deputado Vagner Sales) chamou que a direção do Ministério Público é cozinha do Governador. Eu iria um pouco mais longe: é lambaia do Governador, a Direção do Ministério Público. Estou protegendo aí dezenas de promotores que são integros; que estão cumprindo a Constituição; que não têm filiação partidária e nem subordinação partidária (...)' (fl. 116) Entendo que tais declarações enquadram-se, sem sombra de dúvida, no exercício de crítica política dirigida claramente contra a atuação da direção do Ministério Público estadual e exclui, expressamente, os demais integrantes do Parquet. Pondero que a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material, instrumento imprescindível a viabilizar o livre e independente exercício do mandato representativo, pressupõe a existência de um 'nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro' (Inq 617/RR, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28.6.2002). Por outro lado, a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal não se restringe apenas a condutas praticadas dentro das Casas Legislativas ou pertinentes a assuntos ali tratados, uma vez que 'o Supremo Tribunal Federal tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o congressista em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria casa legislativa (RTJ 131/1039 - RTJ 135/509 - RT 648/318 (...)' (Inq 681-QO/SP, rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 22.4.1994). Ressalto ainda que o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 210.917/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, assim se pronunciou: "A imunidade parlamentar material se estende à divulgação pela imprensa, por iniciativa do congressista ou de terceiros, do fato coberto pela inviolabilidade. A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se têm ocupado especificamente do tema." Nessa linha, em caso idêntico ao presente: o AI 473.092/AC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.3.2005 e o RE 433.292/AC, por mim relatado, DJ 19.12.2005. 8. Por essas razões, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação de indenização e reparação de danos morais, invertidos os ônus da sucumbência.*

No mesmo sentido: **RE 430836-AC**, Rel.<sup>a</sup> Min. **Cármen Lúcia**, julg. 9.2.2010, publ. 26.10.2010; **RE 436681-AC**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julg. 10.12.2009, publ. 1.2.2010; **AI 473091-AC**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julg. 31.8.2009, pub. 23.9.2009.

Por esse conjunto de ideias, pode se afirmar que a imunidade judiciária integra o conjunto de atributos do cargo de Promotor e Procurador de Justiça ou da República, conferindo ao seu titular a prerrogativa da inviolabilidade pelas opiniões ou manifestações, quando no exercício das atividades institucionais, típica imunidade material, nos limites da sua independência funcional, no âmbito ou fora do processo, não podendo ser responsabilizado seja na esfera criminal, seja na civil, sob pena de tolher sua liberdade funcional e vulnerar, em análise derradeira, a própria defesa dos direitos e interesses mais sensíveis da sociedade e, na pior das hipóteses, eventual dano moral deverá ser suportado pelo Estado.

## 5. CONCLUSÕES

- 5.1. Os membros do Ministério Público são depositários das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e independência funcional, não se tratando de privilégios pessoais do titular do cargo, mas funciona como atributo de proteção da própria sociedade;
- 5.2. Como corolário da independência funcional, o legislador conferiu ainda, aos membros da Instituição, a prerrogativa da imunidade funcional ou judiciária, a exemplo da imunidade material assegurada aos integrantes do parlamento e imunidade profissional alocada aos advogados;
- 5.3. Por força da imunidade funcional, os membros do Ministério Público, no exercício das suas atividades institucionais, não ficam sujeitos à responsabilidade penal e civil, devendo eventual lesão ou dano moral produzido em razão da sua atuação funcional, no âmbito ou fora do processo, ser suportado pelo Estado, sendo parte ilegítima para figurar na polaridade passiva de eventual ação civil reparatória.
- 5.4. A responsabilização civil somente ocorrerá, quando ficar demonstrado que o membro agiu com dolo ou fraude, mediante ação regressiva do Estado, ficando afastada na hipótese de culpa.

# ***PARADIGMAS E DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA AMBIENTAL***

*DIONELES LEONE SANTANA FILHO*

O ministério público deve promover o debate eficiente, a implementação de uma educação ambiental, visando qualificar o debate, fundado na diversidade e pluralidade inerentes ao regime democrático.

**PARADIGMAS E DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA AMBIENTAL:  
UMA CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE A LINGUAGEM DO DIREITO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DEMOCRÁTICO PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**Dioneles Leone Santana Filho<sup>1</sup>**

*“A democracia é um regime de convivência, e não de exclusão, que se baseia na liberdade para se alcançar a ordem.”*

**ALCEU AMOROSO LIMA**  
*(Tristão de Ataíde)*

Palavras-chave: Mudança de atribuições; nova concepção do ensino formal e participação ativa do *parquet*.

### **1. Síntese dogmática da proposição**

A presente tese insere-se na Área III (Áreas da Política Institucional e Administrativa) do temário de teses do XXI Congresso Nacional do Ministério Público, uma vez que pretende refletir acerca da complexidade da questão ambiental, que, muitas vezes, é mal compreendida pela população e pelos demais agentes econômicos e atores, pela forma fragmentada de compreensão dos operadores quanto ao seu objeto, nas diversas atividades que cuidam da área ambiental, principalmente em função da linguagem, simplificando-se um problema complexo.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que a atuação do Ministério Público – enquanto promotor da cidadania e protetor do meio ambiente – deve estar fundada na pluralidade democrática e deve ser um facilitador na divulgação da questão ambiental, traduzindo em linguagem mais simples os diversos instrumentos que podem ser usados na seara ambiental, visando adquirir a adesão do auditório universal e maior participação nos processos decisórios atinentes à questão ambiental, com a realização de audiências públicas e uso dos meios de comunicação.

Tendo como norte magnético o comando constitucional do art. 225, § 1º, inciso VI, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao Poder Público incumbe promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiental. Essa é uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo da atuação positiva do legislador infraconstitucional, visando a implementação desse direito.

Visando dar concretude a previsão constitucional, foi editada a Lei nº 9.795/1999, que em seu art. 1º dispõe: “Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.” Em face dessas considerações, pode-se afirmar que a educação ambiental engloba um processo continuado, não se restringindo apenas na escola formal, mas a toda hora e em qualquer lugar, decorrendo de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja: a cidadania.

O direito ambiental está incluído entre os direitos de terceira geração, incluído entre os direitos difusos, demandando novas formas de pensar, agir, novos caminhos e modelos de produção com vista a satisfação das necessidades humanas e preservação da vida, sem perder de vista o desenvolvimento econômico.

Os contornos da definição constitucional deixam claro que a educação ambiental é essencial para a preservação do meio ambiente e para a efetivação da participação comunitária, visando a melhor preparar as

---

<sup>1</sup> O autor é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Bacharel em Economia pela UESC. Mestre em Direito pela UPAP. Professor da UNIME. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

gerações futuras para o enfrentamento deste desafios que ora se nos apresentam, manejando-se como método preventivo, existindo uma nítida interface com outro princípio do direito ambiental, que é o Princípio da Prevenção.

O desafio que ora se apresenta é como o Estado Democrático de Direito deve reunir o conhecimento de diferentes áreas. É difícil entender porque está tudo misturado. Tudo está interligado. É a complexidade. A consciência está sempre atrasada ao que acontece.

“Não sabemos o que acontece, e é justamente o que acontece”, dispara o escritor Ortega y Gasset. Estamos condenados a avançar na ignorância, que é favorecida por esse pensamento fragmentado, que vê apenas fenômenos separados, incapaz de compreender suas relações, dificultada por uma falta de percepção do todo.

A consciência, a inteligência, o pensamento do que se passa em nossa própria vida, na sociedade, na história, no mundo, sempre chegam tarde demais. Nos acostumamos a pensar que pensamento e prática são compartimentos distintos da vida, quem pensa o mundo não faz o mundo e vice-versa.

A revolução industrial é um marco histórico que mudou a ideia do saber renascentista. E, desde o século XIX, a especialização foi ganhando força com a divisão social do trabalho. Contudo, sempre haverá quem nos lembre que a vida é sempre produto de um contexto, de um acúmulo de vivência e ideias. A especialização do direito ambiental pura e simples, com uma linguagem inacessível aos demais atores, cria apenas uma Torre de Babel, onde as partes não se comunicam, o que prejudica o consenso. Eis o objeto de análise da presente tese.

Desse modo, como o meio ambiente é uma área multifacetária, que demanda conhecimentos de geologia, engenharia florestal, biologia, direito – diversos ramos, economia, relações internacionais, climatologia, oceanografia, sociologia, zoologia, antropologia e filosofia, misturando ciências da natureza e ciências sociais, que suscitam questões complexas, englobando essas diversas áreas, exigindo para a solução de seus problemas diurnos também uma forma de pensar complexa, não podendo se valer de conhecimentos parciais, pois com isso não se tem uma visão do todo. Esse pensamento fragmentado é que nos impede de conceber os problemas globais, especificamente na seara ambiental. Como colmatar todos esses conhecimentos, numa clivagem orientada por legítimas aspirações de participação?

## **2. Fundamentação**

### **2.1 A noção de cidadania fragmentada na vida cotidiana brasileira: quebrando o mito da caixa de pandora.**

Nos ensina a mitologia grega, que a caixa de Pandora, local que se guardava os mais diversos males que poderiam atingir a humanidade, só se tornou mitológica em razão de sua abertura. Acaso continuasse fechada, sem que ninguém tivesse conhecimento do que nela continha, certamente que esse fato não teria se tornado mito.

A comunicação se estabelece por meio da linguagem. A democracia só se faz no sentido dialógico, necessitando que o emissor se faça inteligível ao receptor, pois do contrário não há a possibilidade de divergência, com o objetivo de desenvolver o debate e se estabelecer uma comunicação, para finalmente se chegar a um consenso.

Para que exista uma participação comunitária é indispensável que se cumpra o desiderato da educação ambiental e a consciência política, para que os participantes possam interferir na elaboração dos processos decisórios futuros.

Como a linguagem do direito ambiental é permeada de acrônimos, palavras técnicas e específicas, com significados peculiares, isso dificulta demasiadamente o entendimento sobre as questões debatidas, prejudicando a compreensão e a democratização do discurso (não há comunicação). Até mesmo os advogados de

outras áreas não compreendem bem o discurso do direito ambiental, causando obstáculos a adesão a causa da preservação ambiental, muitas vezes patrocinados por *lobbies* contrários de agentes econômicos que possuem interesses nesse segmento, e camuflam suas pretensões nas leis, bem como juntos aos diversos órgãos do Poder Judiciário.

A vida é uma obra aberta e coletiva, que vai sendo erigida no dia-a-dia. Além disso, proporcionar uma união em torno da causa ambiental, provoca uma maior adesão junto ao Congresso Nacional e aos diversos segmentos responsáveis pela proteção administrativa, legitimando ainda mais o discurso, podendo refletir no futuro numa normatização jurídica de maior proteção ao meio ambiente.

Evitando um esboroamento de qualquer civilidade, visando a ação concreta, devemos abrir mão de privilégios eventuais, mas que nos permitirá um futuro a nossa e as futuras gerações com um desfrute dos recursos naturais, sem chegarmos ao exaurimento – em duas palavras: desenvolvimento sustentável.

Com uma maior efetividade social do princípio da participação comunitária, abre-se um novo modelo de desenvolvimento econômico, focando-se numa maior produtividade e preservação do meio ambiente sustentável, visando a se alcançar o princípio da precaução, evitando a ocorrência do dano ambiental e a degradação, que, na maioria das vezes, são irreversíveis.

No âmbito normativo, há expressão previsão de realização de audiência públicas nas Resoluções CONAMA 01/86, 237/97 e 09/87, esta última estabelecendo “os critérios e procedimentos para a realização de audiência pública exigida nos projetos que contenham EIA/RIMA.”

Seguindo os delineamentos da Resolução CONAMA 09, de 03 de dezembro de 1987, há previsão das principais formalidades a serem seguidas na condução de uma audiência pública. Conforme estabelece a Resolução: Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO/conama/N.º 001/86, tem por **finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas** e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Seguindo os delineamentos traçados na Resolução, a Audiência Pública não é obrigatória em todas as situações. Vaticina o artigo 2º Resolução CONAMA 09/87 que ocorrerá sempre que: a) o órgão competente para a concessão da licença, julgar necessário; b) quando for solicitado por entidade civil; c) pelo Ministério Público; d) por 50 ou mais cidadãos: Art. 2º - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por **50 (cinquenta) ou mais cidadãos**, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

É voz corrente na seara jurídica que a audiência pública é um instrumento de garantia. Dessa forma, a participação deve ser efetiva nos debates, e não meramente formal. Desta forma, entendo que é indispensável, para a própria legitimidade do procedimento, que a população não somente compareça, mas possa ter condições e tempo para compreender o quanto está sendo debatido, principalmente os aspectos relacionados aos estudos, que serão de fundamental importância para deliberação sobre o licenciamento. Nesse sentido, o art. 22, §§ 2º e 3º, e o art. 23, § 1º, da Lei nº 9.985/2000, estabelece como requisito imprescindível a participação comunitária para criação de uma unidade de conservação, bem como a ampla participação da população residente, antes do plano de manejo – art. 27, § 2º, *in fine*, da Lei nº 9.985/00.

O respeito à diversidade é uma variável capaz de afastar ideias dogmáticas, que supõem ser o único modo correto de pensar e, ao mesmo tempo, indica inteligência estratégica de aprender com o diverso,

comportando um olhar diverso e alternativas de percepção e ação para as diretrizes das políticas de proteção e preservação do meio ambiente, sem aniquilar o desenvolvimento econômico.

O ponto crucial da vida não é um fato. Os valores maiores são crucificados e a brutalidade triunfa, é puro autoengano proclamar a harmonia com o universo como realidade presente. É preciso entendimento e diálogo, ainda mais quando se trata com o meio ambiente cultural.

Nesse sentido, a diversidade passa a ser a expressão da vida humana nas suas múltiplas, variadas e particulares manifestações. O equilíbrio da natureza passa pela biodiversidade. A convergência da humanidade passa pelo respeito a Antropodiversidade. O respeito à diversidade é a capacidade de se repudiar a arrogância e a prepotência dos donos da verdade, que supõe deter o conhecimento do único modo correto de existir e, ao mesmo tempo, ressalta uma inteligência estratégica de aprender com o diverso e, portanto, com aquilo que pode ser analisado por outro ângulo e outras alternativas de percepções e ações.

É imprescindível democratizar a democracia, eis o desafio que ora se apresenta. O Poder Público deve fornecer os instrumentos isonômicos para os participantes do debate (paridade de armas). Não há fonte única para o desapareço ao que é diferente, mas numa sociedade heterogênea, como é a brasileira, fontes única de comunicação imantam uma intolerância com o discurso oposto, desde as bases familiares até instituições sociais, certos setores da mídia, alguns segmentos religiosos, determinados processos pedagógicos, estigmatizam o diferente como se ele fosse também desigual. Lembremos: embora a democracia seja o governo da maioria, não tem o direito de aniquilar a minoria, pois a minoria de hoje pode ser a maioria do amanhã. Deve sempre existir espaço para o diferente.

O desafio da complexidade é que estamos num mundo onde encontramos problemas tão difíceis e separados, e uni-los nem sempre é fácil, como é o caso do meio ambiente. É preciso articulá-los. Para uma melhor compreensão da realidade, não podemos estar reunidos a um único aspecto da personalidade, para saber que a sociedade é complexa. Um pensamento mutilado leva a decisões erradas ou ilusórias.

O conhecimento é uma tradução, seguida de uma reconstrução, sempre existe o risco de erro ou de alucinações. Isso nos traz um dos muitos caminhos que temos para conhecer e conhecer o outro, que é a participação política.

Suportar, enfrentar a incerteza é não naufragar na angústia, saber que é preciso, de certa forma participar com o outro, de algo comum, porque a única resposta aos que têm angústia de morrer é o amor e a vida em comum.

Quando há a preponderância do discurso do detentor do poder econômico, possuidor dos fatores de produção, manipulando a vontade dos demais destinatários, o que se tem é uma democracia defeituosa. Infelizmente, setores do agronegócio, com seus grupos de pressão (*lobbies*) no Congresso exercem esse papel com galhardia, prejudicando seriamente o meio ambiente.

Toda essa dificuldade de democratizar o discurso encontra barreiras invisíveis na soberba daqueles que se proclamam “proprietários” do planeta terra, ao invés de assimilarmos que somos apenas condôminos. Essa lição se extrai da própria natureza, pois a simbiose, que quer dizer vida junto, interdependência na biodiversidade. Será que olvidamos isso?

Em sendo assim, a educação ambiental é de vital importância para a elevação do debate em relação a temas ambientais, para que se forme um consenso mais legítimo.

A nossa espécie – o ser humano – é a única que sabe é mortal, que tem condições de prever o futuro do clima, de antecipar o acontecimento de furacões, terremotos, desastres naturais, e, adquiriu enorme poder de intervenção e modificação de nossa vida cotidiana, que acabou por adentrar no perigoso território da



autodestruição. Se o meio ambiente é bem de uso comum do povo, todos podem e devem participar do debates sobre o nosso futuro.

Tinha razão Karl Marx quando afirmou que a humanidade nunca se coloca problemas que já não tenha condições para resolver, pois as mesmas condições que geram a consciência do problema são as que ajudarão a gerar soluções.

O princípio central do ordenamento jurídico nacional é a dignidade da pessoa humana, inclusive, em sede de meio ambiente. E o ser humano é um animal cooperativo, um ser gregário. Em indo-europeu, *greg* quer dizer “rebanho”. Temos que viver em rebanho, juntos. Por causa disso é que a gente “congrega”, “agrega”, adora “congresso”, sem a possibilidade de “seGREGar” – sem rebanho, sozinho.

Não podemos ter uma atitude infantil e isolacionista, pois quando temos um problema sério na escola, estigmatizamos nosso opositor até segregá-lo. A solução é justamente o oposto. Vamos congrega. Esta é a fórmula democrática de lidar com o diferente e com o problema. Isso é democratizar a causa ambiental. Dar condições mínimas que um trabalhador rural, de uma faxineira, um marceneiro, um motorista de ônibus, um encanador, um morador de rua possam debater em igualdade de condições com os demais interlocutores, e possam mudar e decidir sobre sua vida futura e do planeta.

Esse arcabouço se sustenta porque “os ausentes nunca têm razão”. Numa democracia, o poder vem de cada um de nós, que delegamos ações, entregamos o poder a outras pessoas, como cidadãos, como contribuintes, para que o Estado, ou, para usar a analogia de Hobbes, “o Leviatã” dirija ações em nosso nome. Contudo, necessitamos que o Estado esteja atuando na concretização das nossas necessidades e, lado outro, precisamos ter informações precisas, conhecimento sobre as coisas do Estado, uma vez que a cidadania não se esgota na eleição, não se esvai com o voto. Mas ela se visualiza no cotidiano, quando participo, quando eu debate com quem pensa diferente, quando me interesso pelas coisas públicas.

A finalidade por excelência do Estado é a promoção do bem-comum e garantir o exercício da cidadania, embora nestes pontos vem cometendo imperdoáveis falhas. Um formalismo extremo e um excesso de burocracia sem sentido, mostram as mazelas estatais e que há alguma coisas de podre no reino do Brasil, decorrentes de nossa própria formação histórica, que concede regalias a alguns setores e grupos sociais, exercendo práticas predatórias do patrimônio cultural, material e imaterial em detrimento do conjunto social (preponderância do interesse privado sobre o interesse público), numa completa inversão de valores propugnados no meio público, necessitando se romper tais amarras. Como disse Claude Lévi-Strauss: “-Tristes trópicos.”

A política ambiental está inserida dentro da política geral. E política é escolha de interesses, que nem sempre coincidem. Entretanto, colocar-se neutro é sempre ficar do lado do mais forte, principalmente quando existem interesses econômicos amalgamados.

Ocorre que cada vez que as pessoas se omitem, cada vez que se silencia, cada vez que se supõe que problemas do governo são apenas decisões que são tomados por políticas na seara ambiental, não se está transferindo poder, está se abrindo mão dele. Isso é uma deformidade de nossa democracia, como bem alertou Aristóteles, uma vez que *democratia* para ele era um termo pejorativo, pois é um governo que a maioria manda sim, mas fora da lei. O termo positivo seria *politeia*, que quer dizer constituição.

Quando se tem um país jovem e com democracia recente, como é o caso do Brasil, com cidadãos poucos atentos a realidade subjacente, é preciso que o Estado forneça uma alavanca que eleve a cidadania e, em última análise, a democracia, e uma das formas de fazê-lo é informar, debater, trazer para a praça pública as questões ambientais, sendo todos capazes de supervisionar o debate que é realizado. Esse raciocínio se aplica para o hospital, para o transporte público, para a área de segurança, como para o meio ambiente. Se há uma maior



participação no debate da questão ambiental pode se transformar a realidade de desmatamento, de queimadas, de poluição de rios, até mesmo porque, como dizia Confúcio: “é melhor acender uma velha do que amaldiçoar a escuridão.”

## **2.2. O direito e sua linguagem: paradigmas e desafios da democratização da linguagem para ampliar os canais de comunicação com a sociedade e proporcionar uma maior participação nas decisões ambientais**

O cerne da razão comunicativa é o meio linguístico, utilizando-se das interações entre as formas de vida que se estruturam. Para Habermas, como as pessoas se utilizam a linguagem para se comunicar, elas podem se entender sobre alguma coisa no mundo. Todas as pessoas buscam seus fins por meio da linguagem, mediado ato da fala, e pretende ligar a sua forma de pensar a adesão dos demais interlocutores, resultando o consenso.

Porém, adverte de imediato Habermas: “a racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem fazer*”.<sup>2</sup>

Nesse campo assim circunscrito, o ex-professor da Universidade de Frankfurt, trilhando a linha kantiana, verifica a crise que atravessa o Direito Constitucional afastado do mundo da vida, o que caracteriza a ineficácia do sistema normativo com um todo. Suscita este autor essa nova trilha ao Direito Constitucional. Assim, procura-se legitimar os princípios constitucionais, dentre eles o democrático, aproximando-os dos fatos da vida, instrumentalizado pela linguagem.

Toda linguagem humana é ao mesmo tempo metafórica (analgica), logo potencialmente compreensiva, e proposicional (lógica), logo potencialmente explicativa, e a relação estabelece-se com a compreensão contendo explicação, e a explicação contendo compreensão.

O pensamento deve estabelecer fronteiras e atravessá-las, abrir e fechar conceitos, ir do todo às partes e das partes ao todo, duvidar e crer; deve recusar e combater a contradição, mas ao mesmo tempo assumi-la e alimentar-se dela. O pensamento é um dinamismo dialógico ininterrupto.

Todo processo de pensamento, isolado, hipostasiado e levado ao extremo, ou seja, não dialogicamente controlado, conduz à cegueira ou ao delírio.

Uma efetividade da Constituição Federal de 1988 no que tange a questão ambiental não pode ser apenas jurídica, deve ser também social, com a possibilidade de participação no processo decisório. O método de legitimação pelo procedimento, advindo dos estudos de Niklas Luhmann, 1980, está suplantando pelos novos paradigmas da sociedade pós-moderna, que exige respostas rápidas e eficientes do Poder Público.

São exigidos novos canais de comunicação nesse “admirável mundo novo”, uma vez que os partidos políticos estão padecendo de uma grave crise de legitimidade, principalmente na defesa dos “novos direitos”, advindos da tecnologia da informação e da realidade virtual, intitulados direitos de quinta geração.

Por vezes, as normas que protegem o bem ambiental com a exigência de audiência pública protegem determinados segmentos sociais, que fazem *lobby* com a questão ambiental, contudo não gozando da representatividade necessária. E o fator que mais prejudica a disseminação da causa ambiental é justamente a linguagem técnica, e pouco acessível ao resto da população, utilizada no direito ambiental, para explicar estudos

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, vol I. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 18.

ambientais complexos, como é o caso do EIA/RIMA, embora muitos digam que o RIMA é simples. Simplesmente discordo. Simples para quem?

Não obstante, somente com a implementação de uma educação ambiental mais eficiente que teremos uma participação comunitária substancial e não meramente formal, deixando de existir a manipulação, submetendo todos os pontos de vistas à crítica acurada de pessoas bem formadas na seara ambiental.

A linguagem é um instrumento de poder, e o mundo jurídico se utiliza bem desse expediente, para veicular através do subterfúgio da lei, interesses e valores ideológicos, muito deles consagrados no texto constitucional.

Ideologia<sup>3</sup> tem o sentido de visão de mundo, de falsa consciência da realidade. O sujeito constrói sua própria imagem do mundo, que nem sempre equivale ao mundo real. Muitas vezes, essa visão é montada pelos “aparelhos ideológicos do Estado”.<sup>4</sup> Isso é o que ocorre no dia-a-dia da questão ambiental.

O campo jurídico e o campo político são povoados por uma série de expressões lacunosas que se revelam num espaço privilegiado para o desenvolvimento no imaginário social de valores, que quase nunca correspondem aos valores sociais e sim de uma pequena elite social, servindo como eficiente meio de controle dos comportamentos sociais no mundo do tempo presente, tendo os meios de comunicações, exercido forte influência sobre a massa.

O Ministério Público tem o dever de condensar essa linguagem, fazendo-a inteligível nas audiências públicas, nas entrevistas aos meios de comunicação, devendo o promotor de justiça ter conhecimento de todas as áreas do direito e não ficar focado apenas no direito ambiental, para adotar as melhores diretrizes possíveis para soluções desses casos complexos.

### **2.3. A ligação entre o princípio democrático e o direito ambiental: democratizando a democracia – convergência da previsão normativa para o mundo da vida**

Entendo o direito como fenômeno cultural,<sup>5</sup> guiado por razões históricas-sociais, visando a

<sup>3</sup> O termo *ideologia* é usado pela primeira vez em França, logo após a Revolução Francesa (1789), em 1801, na obra de Destutt de Tracy, *Eléments d'Ideologie* (Elementos de Ideologia). O sentido utilizado referia a uma síntese de idéias, enquanto fenômeno naturais que exprimem a relação do corpo humano, enquanto organismo vivo, relacionado com o meio ambiente. O sentido pejorativo da palavra, veio com Napoleão e o golpe 18 de Brumário, onde num discurso em 1812, contra os inimigos que haviam passado para a oposição, Napoleão disparou: “Todas as desgraças que atingem nossa bela França devem ser atribuídas à ideologia, essa tenebrosa metafísica que, buscando com sutilezas as causas primeiras, quer fundar sobre suas bases a legislação dos povos, em vez de adaptar as leis ao conhecimento do coração humano e às lições de história”. Auguste Comte volta a empregar o termo em seu *Curso de Filosofia Positiva*, empregando tanto no sentido original, de formação das idéias, como de conjunto de idéias de uma época, além de “opinião geral”. Somente mais tarde, Karl Marx o empregou no livro *Ideologia alemã*, e o desenvolveu na obra *Contribuição à Crítica da economia política*. Sabe-se que Marx entende a história como um processo dialética e materialista da realidade social. Para Marx a ideologia é uma ilusão, isto é, uma abstração e inversão da realidade, que é colocada como universal, pelo qual faz aparecer às pessoas em geral como se fosse tal aparecer a realidade social, e essa ilusão é necessária à dominação de classe. É nada mais que um mascaramento da realidade, que permite a legitimação da exploração e da dominação. Por meio dela, se toma o falso por verdadeiro, o injusto por justo, cf. CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, pp. 25 ss.

<sup>4</sup> O Estado possui papel preponderante na formação das relações ideológicas e na ideologia dominante. É o que expõe POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita Lima. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 27: “A ideologia não consiste somente ou simplesmente num sistema de idéias ou de representações. Compreende também uma série de *práticas materiais* extensivas aos hábitos, aos costumes, ao modo de vida dos agentes, e assim se molda como cimento no conjunto das práticas sociais, aí compreendidas as práticas políticas e econômicas. As relações ideológicas são em si essenciais na construção das relações de propriedade econômica e de posse, na divisão social do trabalho no próprio seio das relações de produção.” [...] “A ideologia não é algo neutro na sociedade, só existe ideologia de classe. A ideologia dominante consiste especialmente num poder essencial da classe dominante. Desse modo, a ideologia invade os aparelhos de Estado, os quais igualmente têm por função elaborar, apregoar e reproduzir esta ideologia, fato que é importante na constituição e reprodução da divisão social do trabalho, das classes sociais e do domínio de classe. Esse é por excelência o papel de certos aparelhos oriundos da esfera do Estado, designados *aparelhos ideológicos de Estado*, mesmo que pertençam formalmente ao Estado ou conservem um jurídico 'privado': Igreja (aparelho religioso), aparelho escolar, aparelho oficial de informações (rádio, televisão), aparelho cultural etc. Resta lembrar que a ideologia dominante intervém na organização dos aparelhos aos quais compete principalmente o exercício da violência física legítima (exército, polícia, justiça-prisão, administração).”

<sup>5</sup> De acordo Luis Recasens Siches. *Nueva filosofia de la interpretación del derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 139-140: “El reino

condicionar a conduta humana coercitivamente aos padrões de valores estabelecidos como “justo”, dentro de uma dada sociedade. Então, o direito é visto como resultado da “experiência jurídica”, visando moldar os comportamentos sociais em consonância com o ordenamento jurídico vigente, ou melhor, é visualizado como “fator, valor e norma”,<sup>6</sup> na feliz expressão consagrada por Miguel Reale.

Já dizia Georg Hegel que o “homem é um ser histórico”,<sup>7</sup> sendo que a maneira de pensar do homem é variável de acordo com seu tempo. Dessa forma, conclui que é impossível se elaborar uma verdade universal. Assim, o pensamento humano se desenvolve com o passar do tempo, ao longo da história, e por isso sofreria as mudanças frequentes, decorrentes da passagem do tempo.

Sendo consectário natural do ideário hegeliano, a verdade seria estabelecida pela sociedade, em cada período histórico. O que quero dizer é que não existe um conceito ontológico de verdade, ela é construída no curso do eterno devir pelo entendimento entre as pessoas.

Através de uma análise mais detida do comportamento humano em sociedade, dentro de uma perspectiva histórica,<sup>8</sup> chega-se a um determinado padrão de comportamento humano ao longo do tempo, o que determina como as pessoas agem e pensam no curso temporal, formando-se assim a cultura. O direito nasce daí.<sup>9</sup>

Quando se assegura um determinado comportamento como sendo digno de aprovação ou reprovação, no decorrer do tempo, em uma dada sociedade, faz-se emergir um valor, tendo em conta a repetição do fato histórico, amplamente acolhido ou rejeitado pelo contexto social, caracterizando isso um conceito de verdade.

Numa sociedade complexa como a nossa, o direito se adequa a situações de integração social econômica, em que o domínio da ação é neutralizado sob a vertente ética, de acordo com decisões tomadas por

---

de la cultura no es un sistema ideal con validez en sí y por sí. Es el campo de las obras humanas, las cuales tienen una significación. Tal significación consiste precisamente en que esas obras del hombre han nacido al estímulo de unas determinadas necesidades, sentidas de peculiar manera en cierto momento, en una cierta situación histórica. Bajo la presión de tales necesidades, los hombres, usando su imaginación, tratan de buscar mentalmente algo, que si existiese y efectivamente en la actualidad, colmaría aquellas necesidades. Cuando por fin deciden por alguna de las posibilidades que su imaginación ha explorado para satisfacer la necesidad que sienten, para resolver el problema con el que se enfrentan, entonces ponen ese algo como finalidad, como meta. Después de la elección de ese fin, se lanzan los medios que sean a la vez adecuados y eficaces para lograr la realización de tal fin”.

<sup>6</sup> Explica REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103, que “No meu entender, tal como tenho exposto em minhas obras, o Direito só se constitui quando determinadas *valorações dos fatos sociais* culminam numa integração de *natureza normativa*... A admissão, porém, da forma racional, como elemento essencial ao Direito, não significa que possam ser esquecidos todos os fatores irracionais ou alógicos que estão presentes tanto na gênese das regras jurídicas, como no produto final e decisivo de sua aplicação aos casos concretos, assim como em sua ‘recepção’ pela *Lebenswelt* (mundo da vida)”.

<sup>7</sup> Esclarece Georg Hegel que a vida humana é basicamente histórica. Em outras palavras, o ser humano se transforma no decurso do tempo histórico, que se mostra em contínua evolução. De acordo com Hegel, a história determina a forma das pessoas pensarem e agirem, tendo em vista o elemento temporal. Com isso, o alicerce da idéia é o pensamento em que está inserida, condicionando toda sua racionalidade. Tal pensamento foi desenvolvido por Martin Heidegger, que assim se manifesta: “O tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença sempre compreende e interpreta implicitamente o ser. Por isso, deve-se mostrar e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda a compreensão e interpretação do ser.”, cf. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcanti Schuback. 14 ed. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 45. Por outro lado, Karl Marx, que foi aluno de Hegel, entende que a história não é uma seqüência lógica e racional de acontecimentos, que se desenvolve numa dialética interna, mas o pensar do homem é condicionado pela sua situação concreta. Assim, conclui que o que impede o indivíduo de se realizar são as condições de vida opressivas, e não suas representações inadequadas do mundo. CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Ática, 2005, p. 327-329.

<sup>8</sup> Caminhando na mesma via Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 145: “o Direito, como um todo, é um processo histórico e se a unidade da ordem jurídica não é uma unidade lógica-formal do sistema dos conceitos abstractos, mas sim uma unidade teleológica, que consiste na harmonia dos fins em perpétua renovação, aferida pelos valores e princípios fundamentais -harmonia essa que não nos é ‘dada’, apenas nos incumbe como ‘tarefa’ -, resulta que o direito positivo, o Direito ‘formado’, de cada época não pode ser nunca acabado e ‘sem lacunas’: forçosamente há de ser ‘lacunar’ e necessitar de integração. É a própria ‘natureza das coisas’ que determina que o juiz seja chamado – admita-o ou não o legislador – não só a aplicar, como também a desenvolver o direito.”

<sup>9</sup> De acordo com Rudolf Von Ihering. *A finalidade do direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. Tomo I. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p. 292: “O critério do direito não é o absoluto que se torna para a verdade, mas o relativo que se aplica com relação ao fim. Disso tudo se depreende que o conteúdo do direito não só *pode*, como também deve ser infinitamente variável. Assim como o médico não prescreve o mesmo remédio a todos os doentes, mas apropria, ao revés, seus meios ao estado do paciente; o direito também não pode ditar em toda parte as mesmas disposições. Ao contrário, ao direito também cabe adaptá-las à condição do povo, ao seu estágio cultural, às necessidades do tempo, ao seu estágio cultural, às necessidades do tempo, ou melhor, o direito não é um simples *Sollen*, mas um fato social que se processa necessariamente sempre e em toda parte”.

indivíduos que são guiados pelo seu sucesso pessoal. Com isso, retira-se a tensão do campo moral e transfere-se para as leis que asseguram a compatibilidade das ações.

Pondera Habermas que a liberdade de ação democrática obtém legitimidade por meio de um processo legislativo que, está amparado pelo princípio da soberania popular. Com o suporte dos direitos que asseguram aos cidadãos o exercício da liberdade política, inaugura-se a legitimidade a partir da legalidade.

Expressões como impacto ambiental, corredores ecológicos, zonas de amortecimento, unidade de proteção integral, reserva legal e área de proteção permanente são desconhecidas às pessoas que vivem na cidade. Imagine se às pessoas que vivem no campo vão entender? Lembro que a maioria das pessoas desconhecem os direitos assegurados na Constituição Federal.

Como é cediço, o conhecimento humano é o mais fechado possível, pois o mundo exterior não lhe chega senão sob a forma de traduções de traduções de traduções, as representações, as palavras, ideias e teorias. Mas, ao mesmo tempo, esse conhecimento é o mais aberto possível a todas as coisas deste mundo e ao próprio mundo, não somente através do que o abre, as curiosidades, as verificações, as comunicações, mas também através do que o fecha, a linguagem, as ideias, as teorias. Assim, o conhecimento humano é aberto no que o fecha e fechado no que o abre. Mas, em consequência, corre, incessantemente, o risco de fechar-se nas crenças e opiniões quando as ideias e as teorias perdem a comunicação com suas referências.

Uma sociedade de alta complexidade deveria garantir a sua coesão não somente por meio de “leis justas”, mas também pela responsabilidade/solidariedade, inteligência, iniciativa, consciência dos seus cidadãos. Quanto mais a sociedade se complexificar, mas ela necessitará de auto-ética. O pensamento complexo ilumina as virtude da solidariedade.

A democracia é uma conquista da complexidade social. Ela institui, ao mesmo tempo, direitos e liberdades para os indivíduos, eleições que garantem o controle dos controladores pelos controlados, o respeito da pluralidade das ideias e opiniões, a expressão dos antagonismos e sua regulação, impedindo que se expressem violentamente. A complexidade democrática, quando bem enraizada na história de uma sociedade, é um sistema de metástase, cuja qualidade é poder sobreviver aos conflitos interiores, às inovações e aos acontecimentos imprevistos.

Enfim, as democracias contemporâneas estão em crise. As causas são múltiplas, dentre elas, podemos citar a falta de solidariedade e o crescimento do egocentrismo, as excessivas compartimentações que separam os cidadãos da sociedade como um todo; as múltiplas disfunções e corrupções, merecendo especial relevo a corrupção econômica, em que as sociedades não conseguem reformar-se. Enfim, a ampliação de um desconhecimento do cidadão: como o desenvolvimento da tecnocracia invadiu a esfera pública, o caráter cada vez mais técnico dos problemas e decisões políticas os torna indecifráveis para os cidadãos. Isso se aplica em todos a questão ambiental. Como superar esses dilemas?

O problema a ser enfrentado está intimamente associado aquilo que agora se chama de tecnocracia. Essa não produz somente conhecimento e elucidação, mas produz ignorância e cegueira. Os desenvolvimentos disciplinares das ciências não trouxeram somente as vantagens da divisão social do trabalho, mas também os inconvenientes da hiperespecialização, do fechamento e da fragmentação do saber. Este último se tornou cada vez mais esotérico (acessível apenas aos especialistas) e anônimo (concretado nos bancos de dados), sendo utilizado por instâncias anônimas, em primeiro lugar do Estado. Da mesma forma, o conhecimento está nas mãos dos experts, cuja competência num campo fechado faz-se acompanhar de uma incompetência quando esse domínio é parasitado por influências exteriores ou modificado por um novo acontecimento. Em tais condições, o cidadão perde o direito ao conhecimento. Resta-lhe obter um saber especializado por meio de estudos *ad hoc*, mas, como

cidadão, perde todo ponto de vista englobante e pertinente.

Os membros do Ministério Público com atuação na área ambiental precisam enxergar o que outras pessoas não conseguem ver, ter uma visão do todo, ou seja, uma visão que abarque todos os ângulos da realidade, para lidar com a questão ambiental, uma vez que seu problema é complexo. Deve ser capaz de articular os pensamentos contra seus adversários. É preciso raptar as bases dos argumentos dos oponentes. Também, deve-se raptar aqueles que estão se enveredando por caminhos de erros e por enxergarmos na noite quando outros não veem, podemos ajuda-los e conduzi-los (pelo argumento) a desfechos virtuosos.

### 3. Conclusões ou proposta do enunciado

Por fim, o que se pode concluir, é que a linguagem utilizada pelo direito ambiental é inadequada para a implementação do direito ambiental no mundo da vida, porque, em última análise, falta comunicação aos participantes do debate. O que há é um escamoteação da realidade.

Em suma, na questão da linguagem do direito ambiental, traz-se à baila as seguintes e sucintas conclusões:

1) O novo perfil no Ministério Público reclama um processo de coordenação participativa que o aproxime da sociedade, sem perder de vista, que no Estado Democrático de Direito o exercício do poder político é um processo permanente de colaboração e destinado ao pluralismo sócio-econômico-cultural, coordenado entre as instituições, cujo núcleo deve ser a promoção da cidadania;

2) O Ministério Público deve promover o debate eficiente, a implementação de uma educação ambiental, visando qualificar o debate, fundado na diversidade e pluralidade inerentes ao regime democrático;

3) A atual conjuntura exige, pois, dos membros do Ministério Público uma (re)significação do seu papel e da sua própria identidade, atendendo – nos limites das atribuições que lhe são conferidas pela Constituição Federal de implementador dos instrumentos da cidadania: dentre eles a educação ambiental; exigindo uma modificação da lei de diretrizes e bases da educação, no sentido de que o aluno possa pensar o problema em sua inteireza e não de forma fragmentada, visando ao enfrentamento dos complexos problemas que ora se apresentam.

### 4. REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 6. Ed. Método: São Paulo, 2015.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BAUMAN, Zigmunt & DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral. A perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Do fascismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: ed. Max Limonad, 1984.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 9. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MORIN, Edgar. **O método 6. Ética**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- \_\_\_\_\_, Edgar. **O método 3. O conhecimento do conhecimento**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.
- \_\_\_\_\_, Edgar. **Ciência como consciência**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

***POR UMA CIDADANIA PLENA: QUE  
TODO MEMBRO DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO POSSA EXERCER  
ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA  
OU CARGO FORA DA CARREIRA***

*PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL  
ROBERTO LIVIANU  
TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES*

O papel do membro do Ministério Público como agente político guarda compatibilidade com o exercício de cargo público fora da carreira, além do magistério, desde que dela afastado segundo normas e procedimentos pertinentes em vigor; 2 – O papel do membro do Ministério Público como agente político.

## Por uma cidadania plena: que todo promotor possa exercer atividade político-partidária ou cargo fora da carreira

Plínio A. B. Gentil<sup>1</sup>

### 1. Síntese dogmática

Foi apresentada ao Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição tendente a suprimir a alínea e do seu art. 128, § 5º, II, a fim de permitir ao promotor o exercício de atividade político-partidária. Hoje tal possibilidade é vedada, assim como a de atuar em qualquer função pública fora da carreira, salvo o magistério. A aprovação da proposta representará uma ampliação daquilo que um grupo de promotores, afinados com a idéia central dessa PEC (n. 57/2015), arrancou, literalmente a forças, dos constituintes, em 1988.

### 2. Fundamentação

A Assembléia Constituinte (1987-1988), desenhando um avançado perfil do Ministério Público como defensor da sociedade, destinou-lhe independência funcional, representada pela autonomia orçamentária e eleição de lista para escolha do chefe da instituição, a quem se outorgava um mandato definido. Achou que já estava lhe dando muito, daí não podia também permitir que o promotor ocupasse cargos, eletivos ou não, no Executivo e no Legislativo. De certo modo os constituintes entendiam isto como uma espécie de troca. E, claro, a eliminação de alguns concorrentes nas eleições em seus respectivos Estados. Além disso, estavam acostumados a ver, aqui e ali, promotores no exercício de seus cargos praticando outras atividades, nada compatíveis com as funções institucionais. No Estado do Rio, por exemplo, o promotor podia advogar. Estou apenas falando de caso em que o exercício de outra atividade era legalmente praticado.

Esse posicionamento dos constituintes seguia, em parte, o pensamento de muitos promotores e suas entidades de classe, que viam com maus olhos o afastamento do promotor de seu cargo – e de seus processos – para ser deputado, ou assessor de governantes, ou o próprio governante. “Há tantos anos fulano não abre um processo”, diziam daqueles que, afastados da carreira, exerciam cargos no executivo ou no legislativo. “Não abrir um processo” significava, para muitos, um desaforo, além de uma sobra de processos para os que estavam na carreira, que se sentiam “trabalhando pelos afastados”.

Para outros o exercício de funções fora da instituição comprometia a independência do promotor, representava a mistura de outros interesses à esperada imparcialidade do membro da carreira. Boa parte dos juizes também não gostava daquela história de o promotor poder se afastar da carreira – e eles não.

O constituinte Plínio de Arruda Sampaio, promotor aposentado pela ditadura, era então o relator da sub-comissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ele próprio, em cuja assessoria informal contava com um grupo de magistrados de S. Paulo, mostrava-se contrário ao afastamento da carreira. Com ele também trabalhavam alguns jovens promotores afastados, em exercício no Ministério da Justiça: Cláudio Brocchetto, Luís Marrey e Plínio Gentil. Com Plínio Sampaio, que franqueou a esse grupo a sua própria residência, redigiu-se o esboço do que viria a se tornar a Seção I do Capítulo IV, pertencente ao Título denominado *Da Organização dos Poderes*, da nova Constituição, atribuindo ao Ministério Público seus relevantes novos papéis. Plínio foi grato a essa colaboração e formalizou o agradecimento ao apresentar o relatório final da sub-comissão, lido em plenário, em 13 de maio de 1987, nos seguintes termos: “Quero, a propósito, citar seis pessoas que me acompanharam nesses três dias, diuturnamente em minha casa [...], me ajudaram, como cirineus, a carregar a cruz: Dr. Caetano Lagrasta Neto, Dr. Luiz Henrique de Souza e Silva, Dr. Jorge Lauro Celidônio, Dr. Luís Antônio Guimarães Marrey, Dr. Plínio Antônio Britto Gentil e Dr. Jorge Eluf Neto. Sem esses companheiros, o Relatório não estaria aqui”<sup>2</sup>.

Mas o texto do artigo 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, abrindo uma exceção na impossibilidade de afastamento do promotor – que o relatório de Plínio Sampaio mantivera – só viria mais tarde. Esse grupo de promotores então no Ministério da Justiça, ao qual se uniam Humberto Espínola e Suzana Barros, promotores do Distrito Federal, fez um trabalho de convencimento da Assembléia Constituinte e obteve do deputado paraibano Antônio Mariz, ele também promotor, a disposição de apresentar algumas propostas de emenda ao texto constitucional que se esboçava. Das alternativas que lhe foram oferecidas, Mariz ficou com uma das mais restritivas: a que ressaltava a possibilidade de opção pelo regime anterior ao promotor que, na data da promulgação da Constituição, já se encontrasse na carreira. Ele sentia que os constituintes só iriam até esse ponto.

<sup>1</sup> Procurador de Justiça em S. Paulo. Doutor em Direito e em Educação. Professor universitário. Integrante do MPD. De 1986 a 1988 exerceu cargo de direção no Ministério da Justiça, em Brasília.

<sup>2</sup> Publicado no DANC (Suplemento), 24/jun./1987, p. 117. O colega Cláudio Brocchetto acabara de se integrar à equipe, por isso não é citado nesta primeira etapa.

A proposta foi trabalhada e viabilizada na Assembléia, que afinal aprovou a emenda por larga margem de votos. A aprovação fez justiça àqueles que, tendo ingressado na carreira sob um determinado estatuto jurídico (que permitia o afastamento), não deviam ter esta situação alterada sem a oportunidade de optar pelas condições do estatuto anterior. Isso possibilitaria, no futuro, o exercício de cargos no Executivo e no Legislativo, por inúmeros colegas, muitos dos quais ainda na ativa.

### 3. Conclusão

Passaram-se anos. Viu-se perfeitamente que, de maneira geral, o afastamento daqueles promotores que se enquadram na exceção constitucional não trouxe problemas no tocante à sua imparcialidade como membros da instituição.

É hora, portanto, de rever as restrições constitucionais. Estas não se encontram apenas na citada alínea *e*, do art. 128, § 5º, que a PEC 57 quer suprimir, mas também na *d*. Esta outra alínea estabelece vedação do exercício de outra função pública e, portanto, a proposta até poderia ser mais abrangente. Não há o que temer. Para evitar o risco de um eventual comprometimento, o promotor somente exercerá cargo fora da carreira, ou atividade político-partidária, depois de formalmente afastado de suas funções no Ministério Público. E tal afastamento deverá ser autorizado – e, se for o caso, renovado – pelo chefe da instituição, ouvido o Conselho Superior. Ou seja, a instituição pode exercer controle sobre a conduta do promotor afastado, ou em vias de se afastar.

Num tempo em que o Ministério Público ainda estava se afirmando, era inegavelmente importante – e útil – a presença de promotores em cargos no executivo. Os resultados são muitos, além do aqui trazido acerca daquele grupo de promotores então no Ministério da Justiça em 1988. Hoje continua sendo igualmente relevante essa presença: com frequência a instituição é bombardeada por meio de propostas legislativas inadequadas e precisa de uma linha de frente, no parlamento ou na administração, pronta para defendê-la rapidamente. Dentro em pouco já não mais haverá promotores que se enquadrem nas possibilidades restritas que a emenda Mariz reservou àqueles que estavam na carreira em 1988. E isto nos fará muita falta.

Além disso, não há base teórica para sustentar a incompatibilidade do cargo de promotor com o exercício de funções nos Poderes Executivo e Legislativo: o Ministério Público não é Poder do Estado, como o Judiciário, donde o afastamento de um integrante dessa instituição em nada representar interferência de um Poder em outro.

Ademais, o promotor não é um monge, ou um eremita, a quem estejam interditas, por gosto ou por dever, as prerrogativas da cidadania: é, por natureza, um agente político, qualificado, portanto, para o exercício de qualquer função cuja finalidade se relacione ao interesse público. Que possa então ser votado, além de votar.

E, para terminar, a saída da carreira representa sempre um arejamento para o promotor, que ele traz à instituição quando retorna, a benefício desta. O atual quadro de conservantismo e, muitas vezes, falta de engajamento social de considerável parcela de seus membros, tem demonstrado, dia a dia, a conveniência de uma oxigenação, tão necessária ao promotor, que, antes de tudo, é um agente político. O exercício pleno desse papel é o que faz a grandeza da instituição.

### 4. Proposta de enunciados

1 - O papel do membro do Ministério Público como agente político guarda compatibilidade com o exercício de cargo público fora da carreira, além do magistério, desde que dela afastado segundo normas e procedimentos pertinentes em vigor;

2 – O papel do membro do Ministério Público como agente político guarda compatibilidade com o exercício de atividade político-partidária.

3 – Não mais fazem sentido as vedações constitucionais a tais direitos. Estes devem ser assegurados a todos os membros da instituição, independentemente da data de seu ingresso na carreira.

4 – É conveniente apoiar a PEC n. 57/2015.

5 – É conveniente utilizar os meios legais possíveis visando à ampliação do conteúdo da PEC n. 57/2015, a fim de que também se proponha a supressão da alínea *d* do art. 128, ° 5º, da Constituição Federal.



***DA POSSIBILIDADE  
DE INTERVENÇÃO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO NOS  
ACORDOS DE LENIÊNCIA***

*ROBERTO LIVIANU  
GUSTAVO ROBERTO COSTA  
MÁRCIO SOARES BERCLAZ  
TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES  
CHARLES HAMILTON SANTOS LIMA*

A ciência, com previsão e possibilidade de intervenção e manifestação do Ministério Público, no instituto dos acordos de leniência propostos ou concebidos originariamente pelos órgãos de controle interno, é imprescindível para garantir que a indisponibilidade do interesse público e de resguardo da ordem jurídica restem preservados.

## **DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA**

Gustavo Roberto Costa, Promotor de Justiça em Lorena/SP e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

Marcio Soares Berclaz, Promotor de Justiça de Almirante Tamandaré/PR e Vice-Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático.

Roberto Livianu, Promotor de Justiça em São Paulo/SP e Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático.

Tiago de Toledo Rodrigues, Promotor de Justiça em São Paulo/SP e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

Charles Hamilton Santos Lima, Promotor de Justiça em Recife/PE e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

Plínio Antônio Britto Gentil, Procurador de Justiça em São Paulo/SP e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

### **Síntese Dogmática**

Propõe-se a interpretação conforme ou mesmo a modificação da Lei Federal 12846/13, a fim de que acordos de leniência sempre sejam objeto de ciência, fiscalização e possibilidade de intervenção do Ministério Público, que é a instituição constitucionalmente encarregada da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e com protagonismo e independência para o combate à corrupção e defesa do patrimônio público.

### **Fundamentação**

Sem entrar no mérito da quantidade de pessoas presentes nas ruas no Brasil e mundo afora nem no perfil social, econômico e político dessas plurais e heterogêneas expressões, há certa convergência e consenso na percepção de que o principal grito ouvido nas mobilizações de 15 de março, 12 de abril, 16 de agosto e 7 de setembro foi contra a corrupção –recente pesquisa Datafolha prova isso.

A preocupação coletiva voltada a discutir instituições, política e o interesse público, independente do matiz, são positivas no mundo contemporâneo individualista em que a invisibilidade do outro e a instantaneidade existencial própria das vivências da modernidade líquida, proposta pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, conspiram contra o necessário caráter solidário da vida em sociedade, da cada vez mais complexa missão de se "viver junto".

Os protestos são uma retomada da pauta da ainda incompreendida e estudada "primavera brasileira" de junho de 2013, mobilização que inegavelmente deixou um grande legado ao Brasil. Num plano amplo, é o retorno de um sentimento de interesse pelo nosso futuro e projeto de nação, algo que não se manifestava tão vivamente desde o movimento das "Diretas Já!".

Num plano concreto, é a reivindicação anticorrupção, determinante para a derrubada da PEC 37, que propunha a limitação do poder de investigação do Ministério Público (MP), e para a aprovação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13).

DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

A atitude dos brasileiros em defesa do Ministério Público foi emblemática – seu ícone o simbólico e inédito abraço ao prédio do MP de São Paulo três dias antes da votação da Proposta de Emenda Constitucional, proposta que contou com a participação ativa do Movimento do Ministério Público Democrático.

O grau de expectativa social em relação ao combate à corrupção, especialmente por parte do Ministério Público, é alto, sendo inadmissíveis quaisquer iniciativas que possam amesquinhá-lo e diminuí-lo ou que pretendam intimidar a instituição em razão das investigações de detentores de poder.

A lei nº 12.846/13, que nasceu para coibir a corrupção empresarial, criou o acordo de leniência e entregou poderes inéditos aos organismos de controle interno do Estado (Controladorias e Corregedorias). Eles estão legitimados a celebrar tais acordos com as empresas envolvidas em corrupção dispostas a admitir responsabilidades, a colaborar e a ressarcir danos.

Importante lembrar que a Lei surgiu no contexto de um pacto mundial anticorrupção, emanado da Convenção da OCDE de 1998 e de Mérida em 2003. Os países signatários editaram leis para coibir a corrupção de empresas. O mundo pressionava o Brasil, sob pena de cortes em financiamentos internacionais. Além de nós, apenas Irlanda do Norte e Argentina não tinham leis anticorrupção empresarial.

Importante lembrar que no projeto original, de 2010, não se falava do instituto do acordo de leniência, que foi introduzido por emenda no apagar das luzes da discussão, que se concluiu a "toque de caixa" para supostamente dar uma satisfação ao povo logo após as manifestações de junho de 2013, tanto que a Lei 12.846/13 foi sancionada no sucessivo 1 de agosto do mesmo ano.

Por mais importante que seja compartilhar deveres e responsabilidades no combate à corrupção, por mais relevante que seja estimular o bom funcionamento do controle interno das instituições e de cada poder, tal como prescreve a parte final do artigo 70 da Constituição, não se pode esquecer, no entanto, que esses organismos, ainda que estruturados e com certa autonomia, integram a estrutura orgânica dos respectivos poderes, que seus chefes por vezes ocupam cargos e funções confiança nos governos nas instituições a que servem, e que a Lei nº 12.846/13 não nasceu para a simples salvação de empresas corruptas. Não se tem um órgão de Estado que, no plano federativo, exerça certa coordenadoria e supervisão independente de controle interno. Definitivamente, não se pode dar margem ao oportunismo, permitindo que empresários desonestos restem eventualmente impunes ao ponto de estarem estimulados à primária violação inicial da lei para posterior e descriterioso acerto com o governo, acordo este que pode abranger, por exemplo, pena de proibição de contratar com o poder público. Não se pode permitir que uma estrutura de governo, eventualmente envolvidas e pressionadas por suspeitas de corrupção, acerte-se livremente com uma empresa igualmente suspeita (que pode até ter sido doadora na sua campanha), podendo buscar, inclusive, a partir disso, financiamentos com os bancos públicos, sem que haja fiscalização e possibilidade de intervenção pela instituição constitucionalmente encarregada do primário combate à corrupção e, inclusive, da defesa da ordem jurídica, no caso, o Ministério Público.

O Ministério Público é não só o principal legitimado pela Constituição da República a defender com independência o patrimônio público (artigo 129, III), mas também o titular exclusivo da ação penal pública (artigo 129, I).

Não se olvide, também, o impacto e a pertinência que eventuais acordos de leniência podem produzir no âmbito de ações penais e ações civis públicas de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Somente a ciência, de modo a permitir, via de consequência, a presença, o acompanhamento e a intervenção do Ministério Público, permite que esse novo e importante instrumento seja utilizado de modo responsável e legítimo, mais do que isso, com os controles e os filtros próprios do Estado Constitucional e democrático.

Como excluir o Ministério Público do âmbito de aplicação e incidência do instituto, se os órgão de controle sequer conhecem o alcance das investigações, muitas vezes de alcance e repercussão internacional, como bem exemplificam episódios recentes? Como ignorar todo o critério, expertise e experiência do Ministério Público na via da conciliação e da mediação, tal como ocorre no âmbito da justiça transacional e de consenso presente no âmbito de sua atuação extrajudicial resolutiva ou mesmo no rito de institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo?

Além disso, a concentração excessiva de poder nas mãos dos órgãos de controle interno não é saudável nem eficiente, especialmente tendo em vista que ainda não há uma estruturação humana e material adequada, muito menos uma efetiva cultura que permita independência e isenção devida dos referidos órgãos, os quais funcionam muitas vezes para mandatos diversos daqueles relacionados ao ocupante do poder.

Até porque na maioria dos mais de 5500 municípios do Brasil, antes de existir um órgão de "controladoria", somente existe a figura solitária e insólita do "controlador interno", não raras vezes ocupando cargo em comissão ou função comissionada, sem um plano de ação definido, sem previsão ou suficiente rubrica orçamentária, sem a devida estrutura auxiliar e de apoio e sem a articulação necessária com os demais órgãos. A marca do controle interno nos governos executivos municipais, de modo geral, ainda é de uma falta e inação grosseiramente constitutivas.

De forma acertada e sintonizada com o interesse público, o Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES) protocolou no dia 10 deste mês o elogiável Projeto de lei nº 105/15, que propõe vital modificação na lei que pretende coibir a corrupção empresarial, exigindo a homologação do acordo de leniência pelo Ministério Público, medida que o Governo Federal, até o momento, não incluiu no decreto de regulamentação da lei nem no pacote anticorrupção.

Em qualquer âmbito federativo, diante do caráter nacional do Ministério Público brasileiro, diante da consideração de que a instituição não exerce função de governo, mas sim função de garantia de defesa da Constituição e de direitos da sociedade brasileira, dentre os quais o protagonismo no combate à corrupção e defesa do patrimônio público, propõe-se que seja feita interpretação conforme a Constituição da lei ou, caso se entenda vedada esta hermenêutica, que então se modifique o conteúdo legal para tornar obrigatória a prévia ciência para possibilitar manifestação e intervenção do MP nos acordos de leniência, inclusive com a possibilidade de homologação judicial.

Antes de enfraquecer o acordo de leniência ou despotencializá-lo, ao contrário, o interesse e a previsão da possibilidade de manifestação do Ministério Público somente reforçam a importância e a utilidade do referido instrumento, permitindo que haja fiscalização sobre os seus termos e condições, tal como ocorre com outro instituto de justiça consensual ou negociada nos quais há o Ministério Público já tem experiência e manejo. Melhor que o acordo de leniência seja qualificado pela presença e participação do Ministério Público do que desqualificado posteriormente de descríterioso e indevido, inclusive como risco de sua nulidade ser postulada e

# ***O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO FORMADOR DE CAPITAL CÍVICO NA ERA DA INFORMAÇÃO***

*CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA*

O Ministério Público deve adaptar-se à nova realidade advinda da era da informação, com a velocidade que caracteriza esse momento, tornando-se prioridade nas propostas orçamentárias da instituição o investimento em novas Tecnologias de Informação.

Título: O Ministério Público brasileiro formador de capital cívico na era da informação

Autor: Cláudio Henrique da Cruz Viana – Procurador de Justiça – MPRJ

### **Síntese Dogmática:**

O Ministério Público ocupa posição privilegiada no grau de confiabilidade das instituições brasileiras. A formação do capital cívico das sociedades é afetada negativamente pela disseminação da corrupção, desconfiança generalizada e ausência de cooperação social. O Ministério Público, historicamente, atuou como protetor e formador do capital cívico, tendo obtido o reconhecimento social pelo seu desempenho neste papel. A manutenção da confiança da sociedade no Ministério Público depende da capacidade da instituição de continuar oferecendo respostas úteis e tempestivas às crescentes demandas e anseios sociais. O aperfeiçoamento desta capacidade está relacionado à construção de uma nova cultura institucional que abranja o uso de ferramentas tecnológicas colaborativas, capacidade de antevisão, velocidade de ação, transparência real, redes de inteligência coletiva, canais de comunicação multidirecionais, habilidades cooperativas e inovações disruptivas. A limitação e escassez dos recursos disponíveis exige soluções que sejam alavancadas por inovações que auxiliem à prestação ministerial. As estratégias adotadas pelo Ministério Público passam pela absorção das melhores práticas de inovação tecnológica e governança ética. A eficácia destas estratégias definirá nosso papel futuro no processo de formação do capital cívico da sociedade. Diante do risco crescente de desintegração das matérias primas deste processo, que vêm a ser a confiança mútua e o desejo de cooperação social, não há espaço para erros e demora na definição destas estratégias. O investimento em informatização e aprimoramento de meios tecnológicos no Ministério Público deve ser prioridade nas propostas orçamentárias da instituição.

### **Fundamentação**

Segundo o relatório de pesquisa do ICJBrasil, da Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo, de 10/11/2014, o Ministério Público aparece em terceiro lugar entre as instituições brasileiras mais confiáveis para a sociedade.

A pesquisa teve como objetivo a criação do índice de Confiança na Justiça no Brasil e comparar a sua confiabilidade em outras instituições: Ministério Público, Congresso Nacional, Polícia, grandes empresas, Forças Armadas, Imprensa escrita, emissoras de TV, Governo Federal, Partidos Políticos e Igreja Católica. Os dados apresentados correspondem às coletas realizadas entre os meses de abril de 2013 a março de 2014, sendo que o período corresponde ao quinto ano de realizações do ICJBrasil.

Registre-se que em anos anteriores a posição do Ministério Público também apareceu em destaque, ou seja, tem-se demonstrado, estatisticamente, que a população brasileira deposita expressiva e reiterada confiança na instituição.

O economista André Lara Resende, publicou no Valor Econômico, no dia 31/07/2015, artigo que intitulou “Corrupção e Capital Cívico”, no qual investiga, por meio de experimentos e observações multidisciplinares, as causas e consequências da corrupção profunda e disseminada, apontando diversos fatores nocivos ao desenvolvimento das sociedades e ao processo de formação do capital cívico de uma nação.

Neste contexto, o autor conceitua capital cívico como:

“...o estoque de crenças e valores que estimulam a cooperação entre as pessoas. Os entusiastas dos mercados não se cansam de defender a importância da competição e da meritocracia, mas os que entendem do riscado sabem que na base de uma economia de mercado, antes de tudo mais, estão a confiança e a cooperação. Vale a pena ouvir o que tem a dizer a respeito Kenneth Arrow, prêmio Nobel de economia. Seus trabalhos, em parceria com Gerard Debreu, formalizaram o chamado modelo de equilíbrio geral, do qual são deduzidos os corolários de eficiência dos mercados competitivos: “Virtualmente toda transação comercial tem em si um elemento de confiança. Pode-se dizer, de forma plausível, que muito do atraso econômico no mundo deve-se à falta de confiança mútua”.

O referido economista, trazendo o conceito do campo econômico para o social, enfatiza que a construção do “Capital Cívico” acontece através de um longo processo. Assim como, toda a confiança e capacidade colaborativa decorrente dela, construídas arduamente e por longo período história podem ser muito rapidamente destruídas. E uma vez perdidas, “é preciso recomeçar do zero, refazer toda a longa história de acumulação de capital cívico, de confiança e de cooperação. Não é fácil, pois a desconfiança leva à desconfiança, e termina por justificar a falta de confiança. É um círculo vicioso duro de ser rompido. A melhor forma de fazer evoluir o capital cívico é não permitir que se deteriore.”

Pois bem. Se é fato que a sociedade tem demonstrado alta confiança no Ministério Público, colaborando com a instituição, defendendo-a nos debates públicos, atribuindo-lhe legitimidade para exercer a representação social, a cada momento conferindo-lhe mais atribuições relevantes (vide Código do Consumidor, Legislação Ambiental, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, apenas para citar algumas leis em que o Ministério Público recebe atribuições, a partir de projetos que resultaram de forte apelo de grupos da sociedade civil), evidencia-se também que a instituição precisa se preparar para continuar dando as respostas que a sociedade espera, adaptando-se às dinâmicas mudanças introduzidas na realidade a partir da era da informação.

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis continuarão sendo o norte dessas respostas, através dos diversos órgãos e estruturas existentes no Ministério Público, mas o êxito das iniciativas institucionais para proteger e influenciar o processo de formação do capital cívico, dependerá cada vez mais da construção de uma nova cultura institucional que abranja o uso de ferramentas tecnológicas

colaborativas, capacidade de antevisão, velocidade de ação, transparência real, redes de inteligência coletiva, canais de comunicação multidirecionais, habilidades cooperativas e inovações disruptivas. Os elementos desta nova cultura tornaram-se onipresentes na própria sociedade e, em conjunto, caracterizam a era digital.

Na verdade, todos nossos órgãos e estruturas administrativas foram concebidos ao longo de muitos anos, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988. Ocorre que seus meios evoluíram bem menos do que a extensão e a complexidade das atribuições recebidas, propiciando o surgimento de uma preocupante lacuna em nossa capacidade de fornecer respostas úteis e tempestivas às demandas e anseios da sociedade. Por outro lado, os recursos disponíveis para estes meios progredirem são finitos e encontram-se nos limites da escassez, exigindo soluções que alavanquem a efetividade por meio da inovação.

O poder transformador das inovações não pode ser subestimado. O surgimento da imprensa tipográfica acelerou dramaticamente o acesso e a distribuição da informação. Muitos séculos depois, o advento da internet lançou a imprensa e os meios de comunicação em grave crise existencial. Os atos de acessar e transmitir a informação foram radicalmente modificados. O modelo “de um para muitos” foi substituído pelo formato “de muitos para muitos”, com todas as consequências daí decorrentes. Este processo, longe de se esgotar, está em clara aceleração. O Ministério Público não permanecerá ao largo deste processo, ao contrário, necessitará se posicionar de forma a se beneficiar dele para oferecer a melhor prestação ministerial possível.

O problema, porém, não se esgota em âmbito interno. O resultado efetivo do trabalho do Ministério Público, em grande parte, depende de órgãos externos, como o Poder Judiciário ou o Poder Executivo. Do que adianta a propositura de inúmeras ações se tais iniciativas não encontram no Judiciário o respaldo justo e necessário? Ou se o Poder Executivo não está disposto a implementar políticas públicas necessárias ao pleno cumprimento das decisões obtidas? Ou se as autoridades não estão dispostas, durante atuação extrajudicial, a firmar parcerias necessárias ao bem comum?

São questões ainda não respondidas satisfatoriamente, mas que precisarão ser em breve. Certamente, as respostas passarão pelo fortalecimento dos princípios institucionais, como a independência funcional e a unidade da instituição, mas também pela absorção das melhores práticas de inovação tecnológica e governança ética. O Ministério Público, ao estabelecer objetivos elevados para si mesmo, definirá também o padrão que deverá ser perseguido e cobrado das demais instituições públicas.

A eficácia das estratégias que o Ministério Público adotará para encontrar as soluções destes dilemas definirá nosso papel futuro no processo de formação do capital cívico da sociedade. Diante do risco crescente de desintegração das matérias primas deste processo, que vêm a ser a confiança mútua e o desejo de cooperação social, não há espaço para erros ou demora.

Nesse passo, necessária se faz a adaptação da instituição à nova realidade advinda da era da informação, com a velocidade que caracteriza esse momento. Tornando-se prioridades nas propostas orçamentárias da instituição a o investimento em novas tecnologias de informação.

#### **Conclusões:**

O Ministério Público ocupa posição privilegiada no grau de confiabilidade das instituições brasileiras.



O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO FORMADOR DE CAPITAL CÍVICO  
NA ERA DA INFORMAÇÃO

A formação do capital cívico das sociedades é afetada negativamente pela disseminação da corrupção, desconfiança generalizada e ausência de cooperação social.

O Ministério Público, historicamente, atuou como protetor e formador do capital cívico, tendo obtido o reconhecimento social pelo seu desempenho neste papel.

A manutenção da confiança da sociedade no Ministério Público na sociedade depende da capacidade da instituição de continuar oferecendo respostas úteis e tempestivas às crescentes demandas e anseios sociais.

O aperfeiçoamento desta capacidade está relacionado à construção de uma nova cultura institucional que abranja o uso de ferramentas tecnológicas colaborativas, capacidade de antevisão, velocidade de ação, transparência real, redes de inteligência coletiva, canais de comunicação multidirecionais, habilidades cooperativas e inovações disruptivas.

A limitação e escassez dos recursos disponíveis exige soluções que sejam alavancadas por inovações que auxiliem à prestação ministerial.

As estratégias adotadas pelo Ministério Público passam pela absorção das melhores práticas de inovação tecnológica e governança ética.

A eficácia destas estratégias definirá nosso papel futuro no processo de formação do capital cívico da sociedade.

Diante do risco crescente de desintegração das matérias primas deste processo, que vêm a ser a confiança mútua e o desejo de cooperação social, não há espaço para erros e demora na definição destas estratégias.

O investimento em informatização e aprimoramento de meios tecnológicos no Ministério Público deve ser prioridade nas propostas orçamentárias da instituição.

**Proposta de Enunciado:**

O Ministério Público deve adaptar-se à nova realidade advinda da era da informação, com a velocidade que caracteriza esse momento, tornando-se prioridade nas propostas orçamentárias da instituição o investimento em novas tecnologias de informação.

**Referências Bibliográficas**

DINAMARCO, Cândido Rangel, O Ministério Público na sistemática do direito brasileiro, Justitia 60 anos, p. 394, São Paulo, 1999;

FGV- Fundação Getúlio Vargas, Índice de Confiança na Justiça do Brasil, São Paulo, de 10/11/2014;

GARCIA, Emerson, A autonomia financeira do Ministério Público, Revista dos Tribunais no. 803/93, Rio de Janeiro, 2002;

GARCIA, Emerson, Ministério Público Organização Atribuições e Regime Jurídico, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004;

MANUEL CASTELLS, Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet, Editora Zahar, São Paulo, 2013;

RESENDE, André Lara, Corrupção e Capital Cívico, Valor Econômico, 31/07/ 2015;

RESENDE, André Lara, Devagar e Simples, Companhia das Letras, São Paulo, 2015.

**“DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA”  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO  
PRÉ-CONDIÇÃO PARA MAIOR  
APROXIMAÇÃO COM A  
SOCIEDADE E CUMPRIMENTO DO  
PAPEL CONSTITUCIONAL**

*ROBERTO LIVIANU  
MÁRCIO SOARES BERCLAZ  
GUSTAVO ROBERTO COSTA  
TIAGO DE TOLEDO RODRIGUES  
CHARLES HAMILTON SANTOS LIMA*

Proposições: 1. A missão constitucional de defesa do Ministério Público exige abertura permanente às demandas e interpelações da sociedade; 2. Tal como ocorre com a Chefia do Ministério Público Estadual, do Trabalho, Militar e de Contas, propõe-se a separação da Chefia do Ministério Público Federal com a Chefia do Ministério Público brasileiro; 3. Em respeito ao princípio da unidade, propõe-se que a escolha da Chefia do Ministério Público brasileiro permita a participação de membros de todas as carreiras (Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público de Contas), formando-se um colegiado com possibilidade de escolha fundamentada e aprovação do nome pelo Poder Legislativo, sempre com a participação qualificada da sociedade civil. 4. Propõe-se o fim da restrição para que Promotores de Justiça ou membros do Ministério Público atuantes em primeiro grau possam ter acesso a cargos e funções na Administração Superior do Ministério Público; 5. Propõe-se a que a sociedade possa influenciar e participar de modo ativo das decisões administrativas e políticas do Ministério Público brasileiro.

## **"DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA" DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PRÉ-CONDIÇÃO PARA MAIOR APROXIMAÇÃO COM A SOCIEDADE E CUMPRIMENTO DO PAPEL CONSTITUCIONAL"**

Gustavo Roberto Costa, Promotor de Justiça em Lorena/SP e membro do Movimento do Ministério Público Democrático

Marcio Soares Berclaz, Promotor de Justiça de Almirante Tamandaré/PR e 2o Vice-Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático

Roberto Livianu, Promotor de Justiça em São Paulo/SP e Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático

### **Síntese Dogmática**

Como instituição permanente, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição, art. 127), dotada de independência e autonomia funcional (§§ 1º e 2º), mostra-se necessário, cada vez mais, reforçar a necessidade de proteção do Ministério Público contra indevidas e mal intencionadas ingerências políticas externas e, ao mesmo tempo, reafirmar o caráter democrático da instituição, aproximando-a da sociedade que deve representar. A verdadeira independência institucional só poderá ser alcançada no momento em que a missão constitucional do Ministério Público for de pleno conhecimento da sociedade, inclusive para a prestação de contas e a cobrança que se mostrarem pertinentes. Propõe-se a reformulação e intensificação da democracia interna, a "democratização da democracia" tal como hoje vigente no âmbito do Ministério Público, não apenas para a escolha da Chefia da instituição, como para todos os demais cargos da Administração Superior. Da mesma forma, propõe-se abertura permanente do Ministério Público com a sociedade para que esta contribua, influencie e participe da construção político-administrativa da instituição.

### **Fundamentação**

Não obstante a consolidação da democracia seja dever de todos os brasileiros, a única instituição constitucionalmente encarregada de modo expresso de defender o regime democrático é o Ministério Público.

Para que essa tarefa seja viável, é fundamental que haja uma intensa experimentação da democracia no âmbito interno do Ministério Público, além de uma abertura permanente com a sociedade, a fim de que esta possa apresentar suas demandas e interpelações pertinentes com a finalidade institucional. Vale dizer, a afirmação de adequada democracia interna, contemplando não apenas a representação, mas a deliberação e a participação, é pressuposto para uma posterior e gradativa radicalização da democracia, inclusive de modo a viabilizar uma presença e um protagonismo cada vez maior da sociedade, razão de ser e do agir do Ministério Público. É a sociedade civil, e não a sociedade política, que deve contribuir criticamente para iluminar o caminho e a construção diária das páginas do Ministério Público brasileiro.

A propósito disso, há de se refletir sobre as eleições que escolhem a Chefia do Ministério Público.

O parágrafo 1º do art. 128 do texto constitucional prevê a nomeação do Procurador-Geral da República pelo residente da República \*dentre os integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal \*\* (começando na Comissão de Constituição e Justiça e terminando no plenário)\*. Como se sabe, no âmbito do Ministério Público Federal, é atribuição do Procurador-Geral da República ajuizar as ações penais e civis cabíveis perante o Supremo Tribunal Federal (art. 46, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993), inclusive contra o Presidente da República, que tem a prerrogativa de ser processado naquela corte (CF, art. 102, I, "b"). A propósito dessa eleição, hoje realizada a partir de consulta e formação de lista pela Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, que contempla somente os membros do

“DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA” DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO  
PRÉ-CONDIÇÃO PARA MAIOR APROXIMAÇÃO COM A  
SOCIEDADE E CUMPRIMENTO DO PAPEL CONSTITUCIONAL

Ministério Público Federal, sustenta-se a necessidade de se entender que esse poderia ser um critério adequado para a escolha do Chefe do Ministério Público Federal, não da Chefia do Ministério Público brasileiro, que exige a possibilidade de participação de membros de todas as carreiras em critério de votação complexo a ser definido com abertura e possibilidade de participação e debate com a sociedade civil. Nem apenas o Ministério Público Federal, nem apenas o Ministério Público da União, a chefia do Ministério Público brasileiro também deve permitir a participação de membros do Ministério Público Estadual e também dos membros do Ministério Público de Contas. Há de se separar a chefia do Ministério Público brasileiro com a chefia do Ministério Público Federal, podendo-se imaginar a primeira no formato inovador e democrático de um colegiado composto de membros escolhidos em todas as carreiras dos quais, aí sim, o Poder Legislativo poderia aceitar ou rejeitar o indicado, o qual, por certo, não deteria atribuições originárias para atuar em face de que o escolheu ou indicou, requisito importante para independência no agir institucional. Some-se a essas mudanças a previsão de participação e debate da sociedade e ter-se-á um modelo muito mais avançado e democrático do que o atual e, acima de tudo, o cumprimento de uma verdadeira unidade institucional prevista pelo constituinte.

Já o parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que os Procuradores-Gerais de Justiça serão nomeados pelos chefes do Poder Executivo estadual, dentre os nomes previstos em lista tríplice formada pela respectiva unidade do Ministério Público. Para ambas as chefias, o mandato é de dois anos, permitida uma recondução. Nos Estados, incumbe ao Procurador-Geral de Justiça zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, e 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 (CF, art. 129, II e III), quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado (art. 29, VIII, da Lei n. 8.625/1993). Embora o texto constitucional não tenha estabelecido discrimen, infelizmente diversas leis organizativas do Ministério Público nos estados assim o fizeram, limitando a capacidade eleitoral passiva a Procuradores de Justiça, situação que, não obstante as modificações havidas, ainda resta presente em 05 (cinco) Estados da federação: Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Roraima, São Paulo e Tocantins não permitem que Promotores de Justiça se candidatem a Procurador-Geral de Justiça, reservando aos Procuradores de Justiça estas candidaturas. Essa restrição, onde ela ainda existe, evidentemente que deve ser revista, posto que é indevida e não ostenta a motivação devida para permanecer. A ampliação do leque democrático de escolhas é sempre importante, bastando que se instituem regras de salvaguarda da mínima maturidade institucional (10 anos de carreira e 35 anos de idade - critérios médios nacionais), já que a carreira do MP não é propriamente hierarquizada. Além desse problema, em se mantendo o critério de lista elaborada pela carreira ser submetida à escolha do Chefe do Poder Executivo, impõe-se a desconcentração de poderes do Procurador-Geral de Justiça não só como forma de permitir melhor aproveitamento da experiência dos Procuradores de Justiça na atividade finalística da instituição, tanto no âmbito da atuação judicial como parte como, sobretudo, no desempenho de atribuições extrajudiciais. Não se mostra adequado que possa o Procurador-Geral de Justiça ser selecionado pela Chefia do Executivo se esta terá que ser por fiscalizado pelo seu "escolhido". A tão almejada independência do Ministério Público como instituição de defesa de garantias não pode ser mera retórica. A única forma de se evitar ingerência indevida e prejudicial à independência do Ministério Público é o compartilhamento e a distribuição do poder do Procurador-Geral de Justiça com os Procuradores de Justiça, o que permitirá a "blindagem" política necessária para que a Chefia do Ministério Público preocupe-se com o desempenho de uma gestão profissional e organizada da instituição sob o aspecto mais administrativo do que finalístico.

Apesar do destaque dado à análise da Chefia do Ministério Público, evidente que a necessária intensificação da democracia interna do Ministério Público precisa alcançar todos os cargos e espaços da Administração Superior, incluindo-se aí necessariamente os Conselhos Superiores, o Colégio (que precisa ser de membros e não de procuradores), o Órgão Especial, a Corregedoria-Geral, a Ouvidoria, as Escolas Superiores e a recém criada Escola Nacional do Ministério Público, as Bancas de Concurso e todos os demais espaços internos de poder. A distinção entre membros de primeiro e segundo grau existe para fins estritamente funcionais, não para restringir a capacidade eleitoral ativa. Uma vez que o Ministério Público tiver feito o dever de casa de se mostrar a instituição com satisfatório nível de democracia interna, promovida uma positiva reforma política e democratizante significativa nesse sentido, pronto estará o terreno para que seja dado o derradeiro passo de a instituição tornar-se cada vez permeável e aberta ao diálogo e interlocução com a sociedade civil no conjunto de suas forças, com o acordo e também com as tensões e conflitos decorrentes de tal condição, posto que a democracia é forjada nesse ambiente plural. Já que a sociedade é o principal destinatário e, nos piores momentos

institucionais, por vezes, a única real e legítima defensora do Ministério Público perante a sociedade política - e o exemplo do episódio recente de enfrentamento e derrota da PEC 37 bem demonstra isso, parece-nos necessário e razoável que a sociedade contribua, participe e influencie, de algum modo, para escolha do comando do Ministério Público brasileiro, reforçando a legitimidade do escolhido frente a gravidade e complexidade de sua missão. Se a sociedade, nas pesquisas e mobilizações, deu e dá mostras de que confia no Ministério Público, é chegada a hora de a instituição ter a lucidez e maturidade política de proceder da mesma forma, por mais que tal impacto deva ser implementado de modo gradativo, com as adequações devidas no âmbito interno. O Ministério Público somente será defensor do regime democrático na medida em que sua plataforma e pauta de atuação, a partir do momento em que seu plano de ação e de aplicação de recursos, for construído junto com a sociedade. É necessário que a Chefia do Ministério Público esteja sintonizada e comprometida com os anseios e com as necessidades do povo brasileiro para que, através de sua administração, os órgãos de execução de cada uma das instituições possam cumprir as graves e relevantes missões constitucionais.

### **Proposições:**

1. A missão constitucional de defesa do Ministério Público exige abertura permanente às demandas e interpelações da sociedade;
2. Tal como ocorre com a Chefia do Ministério Público Estadual, do Trabalho, Militar e de Contas, propõe-se a separação da Chefia do Ministério Público Federal com a Chefia do Ministério Público brasileiro;
3. Em respeito ao princípio da unidade, propõe-se que a escolha da Chefia do Ministério Público brasileiro permita a participação de membros de todas as carreiras (Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público de Contas), formando-se um colegiado com possibilidade de escolha fundamentada e aprovação do nome pelo Poder legislativo, sempre com a participação qualificada da sociedade civil.
4. Propõe-se o fim da restrição para que Promotores de Justiça ou membros do Ministério Público atuantes em primeiro grau possam ter acesso a cargos e funções na Administração Superior do Ministério Público;
5. Propõe-se a que a sociedade possa influenciar e participar de modo ativo das decisões administrativas e políticas do Ministério Público brasileiro.

***A NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO  
ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO  
COM A SOCIEDADE E OS  
MOVIMENTOS SOCIAIS***

*MILLEN CASTRO MOURA  
MÁRCIO SOARES BERCLAZ*

Para fortalecer a legitimação institucional, mostra-se primordial o contato do ministério público com a sociedade, cuja maior expressão são os movimentos sociais, utilizando-se, inclusive, das redes sociais para facilitar a aproximação com estes.

## A necessária interlocução entre o Ministério Público com a sociedade e os movimentos sociais

Márcio Soares Berclaz<sup>1</sup>  
Millen Castro Medeiros de Moura<sup>2</sup>

*“Com a roupa encharcada e a alma repleta de chão,  
Todo artista tem de ir aonde o povo está.”  
(Milton Nascimento e Fernando Brant)*

**Justificativa:** Decorridos mais de 25 anos do advento da Carta Magna, que conferiu ao Ministério Público singular parcela de soberania estatal, este se torna o momento de suscitar uma série de problematizações, na convicção de que, se grande é a aposta constitucional nele, maior há de ser a preocupação com o seu aprimoramento permanente. Uma dessas questões reside na aproximação com o povo, especialmente por meio dos movimentos sociais e conselhos de políticas públicas, fundamental para seu fortalecimento e maior legitimação de seu agir, exatamente por ser a sociedade sua razão de exercer as funções, pois a Constituição atribuiu-lhe a condição de fiscal dos Poderes. Para esse objetivo, deve utilizar-se dos mais variados recursos, inclusive as mídias digitais.

Como agente político encarregado de defender a Constituição, o Ministério Público, conforme ensina a música, “tem de ir aonde o povo está”. Deve enxergar o cidadão não apenas como uma presença no atendimento ao público ou nas salas do fórum ou em audiência pública ou conferência sobre um tema específico, mas também como integrante dos movimentos organizados de tomada de consciência e defesa de direitos fundamentais, espaços vivos da sociedade civil compostos por quem tem muito a contribuir para a construção da agenda dessa instituição. Dentre as possibilidades de preencher os significantes “povo” e “sociedade”, acredita-se em que a interlocução com os movimentos sociais represente um importante espaço para que assuma com mais propriedade seu papel de agente político.

Seja para conhecer as demandas e interpelações, seja para apresentar as respostas possíveis, acolhendo ou mesmo rejeitando o objeto da manifestação, é fundamental que o Ministério Público tenha um diagnóstico dos movimentos sociais e suas reivindicações para bem cumprir com seu papel constitucional. É bem verdade que, para uma instituição entrópica e fechada como ainda o é, poder-se-á dizer que essa relação mostra-se problemática e pode ser conflitante com o seu papel constitucional, afinal agir de acordo com a ordem jurídica nem sempre corresponde a atender a demanda das ruas. Esse “lugar confuso”<sup>3</sup> que ocupa, sendo órgão do Estado e representante da sociedade, precisa ser desvendado. Assim, na projeção do Ministério Público do futuro, um dos temas mais relevantes passa pela problematização e complexificação do tipo de relação que há de ter com a sociedade ou, mais do que isso, pela forma de se relacionar com os movimentos sociais.

*O Ministério Público do futuro é um exercício de imaginação, mas me parece que algumas questões devem ser enfocadas e debatidas entre seus integrantes. (...) Alguns doutrinadores do próprio Ministério Público passaram, em face de tal disposição, a tê-lo como ‘guardião da ordem jurídica’, cuja missão é defendê-la. Passaram a vê-lo como um ‘agente político’, ‘agente da vontade política transformadora’ ou ‘trabalhador social’, que deve se bater pela efetivação dos valores*

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Paraná – marcioberclaz@gmail.com

<sup>2</sup> Promotor de Justiça na Bahia – millencastro@hotmail.com

<sup>3</sup> BORBA, 2014, p. 163.



A NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO  
COM A SOCIEDADE E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

*democráticos fundamentais’ e, como tal, deve ‘articular sua ação com os movimentos sociais’. Sua ação articulada com os movimentos sociais implicaria uma conduta de apoio irrestrito a eles? Ou sua atuação ficaria adstrita ao seu alvedrio pessoal, sem que se possa saber se o que ele defende ou sustenta reflete o pensamento dominante no Ministério Público? Isso não poderia levar a uma pluralidade de entendimentos, muitas vezes antagônicos dentro da instituição? Afinal, quando e quem diria que sua conduta estaria contra ou dentro da lei – que ele deveria defender, para garantia do próprio Estado Democrático de Direito?’<sup>4</sup>*

Ainda que a reflexão contemporânea almeje maior harmonia entre os princípios da unidade e independência funcional, a pluralidade é inerente ao ser humano, portanto não há como se padronizar e estabelecer pré-condições ou pré-conceitos para exigir como o membro do Ministério Público se posicione frente a determinada questão. Nessa linha, a interação e o contato com a sociedade, revertidos em debates internos sobre os rumos institucionais, poderão auxiliar nessa tomada de posição e contribuir para legitimação do seu agir.

A respeito de tal ponto, pondere-se que o membro do Ministério Público integrado ao Estado Democrático de Direito, o qual impõe a transformação social, deve ser, mais do que um burocrático servidor público, agente político, portanto precisa ouvir o povo (ainda que – repita-se – nem sempre possa agradá-lo). Nesse sentido, como a vontade deste pode ser representada em diversos segmentos da sociedade civil, inclusive nos movimentos sociais, com eles há de estabelecer interlocução, mesmo com aqueles cuja pauta possa ensejar conflito com as iniciativas ministeriais. Prova de que essa integração é relevante, decorre do fato de o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio de sua Comissão de Acompanhamento do Ministério Público na defesa de direitos fundamentais, já ter realizado três encontros sobre o assunto<sup>5</sup>. Assim o fez por reconhecer que não pode o Ministério Público limitar-se a sua atuação processual.

Por mais que determinadas atividades ministeriais repercutam de modo adequado junto às partes diretamente beneficiárias (por exemplo, a promoção e defesa de direitos individuais indisponíveis,) é no desempenho do encargo constitucional de zelo pelo regime democrático que há uma grande potencialidade ainda latente e carente de maior exploração. Ao atuar nesse campo, deve ter em mente que democracia não é apenas garantir a participação na política eleitoral; que cidadania se conceitua como exercício dos direitos humanos na sua mais ampla acepção. Exatamente por esse seu “viés democrático substancial que o sistema jurídico, considerado em seu todo, pretende atribuir-lhe”, como “instituição de garantia”<sup>6</sup> que é, aos membros do Ministério Público foram estabelecidas prerrogativas no exercício de sua função. Nunca poderá afastar-se desse aspecto democrático, sob pena de enfraquecer o fundamento para suas garantias constitucionais.

Afinal, como é que o Ministério Público contribui para a defesa do regime democrático? Apenas ao atuar perante a Justiça Eleitoral? Ou somente quando apura irregularidades envolvendo o Chefe do Poder Executivo capazes de levar a um afastamento ou cassação do próprio mandato? Evidente que não. O perfil constitucional do Ministério Público (artigos 127 e 129) explicita que, acima de sua atuação judicial como parte ou fiscal da lei, é no desempenho das atividades extrajudiciais que o vínculo com a sociedade será estimulado e arranjado de

<sup>4</sup> NETTO, 2013, p. 205-206.

<sup>5</sup> Os eventos do CNMP ocorreram em 02-03 de dezembro de 2013, 05-06 de novembro de 2014 e 17-18 de junho de 2015, em Brasília (DF).

<sup>6</sup> BORBA, 2014, p. 179

maneira adequada. Ao expandir a sua atuação como autor na defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público (econômico, cultural e social), da infância e juventude, dos deficientes, dos indígenas e de outros interesses similares, a instituição assumiu a sua verdadeira identidade: agente ativo do interesse social, missão que a Constituição lhe reservou. Tanto maior será a sua legitimidade para tais funções quanto mais se aproximar da coletividade, mostrar-se acessível aos problemas desta, sensível a suas necessidades. Até pouco tempo, o Ministério Público atuava exclusivamente perante o Judiciário; hoje, seu trabalho o responsabiliza pela intervenção direta na sociedade em busca de soluções - nem sempre processuais nem judiciais - inclusive por meio do inquérito civil, instrumento cujo poder e cuja relevância ainda se encontram pouco explorados.

Mais que assumir postura paternalista, captando todos os conflitos para atuação substitutiva em nome da parte interessada ou de coletivos, cabe ao Ministério Público incitar a sociedade a se organizar para atuar em sua própria defesa, o que se dará pelo trabalho em prol do fortalecimento das organizações não-governamentais e pela efetivação de instrumentos estimuladores de iniciativa pelo próprio cidadão em prol da coletividade. Cabe-lhe articular-se com os órgãos, governamentais ou não, que buscam os mesmos objetivos, a fim de aferir as demandas sociais e provocar a comunidade para que se organize, num processo de conscientização popular sobre os direitos decorrentes da democracia, pois nada adianta promovê-los se os seus destinatários desconhecem seu conteúdo e não se interessam por exercê-los.

*O Ministério Público, como instituição defensora do regime democrático de direito, deve buscar a construção, perante a sociedade, de uma identidade fundada no pluralismo. Ou, dito de outra maneira, não deve acomodar-se numa identidade singular – associada a este ou àquele Poder -, antes deve assumir seu caráter multidentitário, fundado na diversidade e pluralidade da população brasileira. (...) Nessa conjuntura, o Ministério Público configura-se como agente catalisador de demandas e mediador de conflitos, capaz de assumir uma identidade plural (ou várias identidades) representativa de uma sociedade que clama por uma cidadania sem muros. É seu papel a defesa de uma ordem jurídica inclusiva, distributiva dos bens e direitos, que não se preste apenas à preservação do status quo e, conseqüentemente, à manutenção dos excluídos fora do processo de desenvolvimento econômico, social e cultural.<sup>7</sup>*

Nesse contexto, o Ministério Público passa a ter, como papel primordial, a sua função política, interpretada como ouvidor e realizador das demandas sociais, comprometido com o resgate da cidadania e o aprofundamento da defesa concreta da democracia. Tudo isso exige uma mudança de postura e de mentalidade dos membros do *Parquet*; emerge, assim, um “Promotor de Justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal. Com perfil atualizado, o promotor-*ombudsman* substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal”<sup>8</sup>.

Como uma espécie qualificada de *ombudsman* da sociedade, alçado a guardião da democracia, o Ministério Público precisa buscar a efetiva realização dos direitos individuais atinentes à cidadania. Deve, pois, assumir o papel de

7 COSTA, Patrick Pires da; SANTANA, Inocêncio de Carvalho; VAZ, Livia Maria Santana e Sant’Anna. p. 699

<sup>8</sup> GOULART, 2000, p. 23

incentivar o exercício da cidadania ativa, esta considerada como a real participação do cidadão em busca de seus próprios direitos, seja reclamando a implementação destes aos poderes competentes, seja integrando órgãos deliberativos que tenham poder de realizá-los ou fiscalizar a sua efetivação, como os conselhos sociais. Daí a relevância de uma aproximação ministerial com estes e as organizações não-governamentais.

*As Promotorias de Justiça Comunitárias aproximam os Promotores das comunidades e de outros órgãos públicos, por meio de ações preventivas e do diálogo permanente. (...) Não serão criados novos cargos. O Promotor de Justiça com atribuição em determinado assunto se colocará à disposição da comunidade onde atua, para através da aproximação pelo constante diálogo, da mediação, resolver os problemas antes que ocorram. (...) tem por base o trabalho em rede (...) A primeira iniciativa deve ser um mapeamento dos atores e entidades atuantes na região e na matéria em que tem atribuição. Em seguida, é importante, que conheça os locais onde desenvolvem suas atividades e, por fim, que 'abra as portas' da Promotoria e convide os atores sociais que considerar importante para atuar em parceria. Além disso, é interessante que busque dialogar e firmar parcerias com escolas e universidades da região, buscando estar presente nestes ambientes, até mesmo utilizando suas dependências para reunir-se com a comunidade, quando possível. (...) As pessoas precisam ver e presenciar a atuação do Promotor, de forma que este simbolize a presença e atenção dedicada pelo Estado e Justiça àquela comunidade.<sup>9</sup>*

Por mais que, na complexa sociedade de massas na qual estamos inseridos, não seja possível abrir mão da “representação” como critério necessário de acesso e pressuposto ao poder, fundamental compreender que o “regime democrático” brasileiro contempla o exercício e a experiência de outros modelos normativos de democracia, um deles voltado à participação e à deliberação, os conselhos sociais. Os coletivos sociais mais atuantes, via de regra, ocupam assentos nos conselhos gestores de políticas públicas, portanto acompanhar o que ocorre nestes é não só justificativa para cumprimento da obrigação constitucional de defesa da democracia pelo Ministério Público, mas oportunidade relevante para seu “encontro” com parcela representativa da sociedade.

A Carta de 1988, advinda após o tenebroso período ditatorial, evidenciou que o povo deve integrar a construção das políticas de forma mais participativa, não apenas pela escolha dos governantes. Com isso, o ato de governar – e também de legislar – perpassa pela escuta popular, portanto as políticas de gabinete deveriam ter ficado nos livros de História, em decorrência do princípio da democracia participativa.<sup>10</sup> Segundo esse princípio, a democracia não se exercita apenas por meio do voto, mas também nos espaços de real poder de intervenção sobre as questões políticas, por meio de deliberações adotadas em conjunto pelos organismos sociais em paridade com o Poder Público. Com a participação popular nas decisões políticas e o controle social sobre a execução destas, estabelece-se a revolucionária concepção de interferência permanente nas ações dos administradores públicos: os Conselhos Sociais. Embora esses ambientes de diálogo de políticas públicas

<sup>9</sup> LIRA, 2013, p. 450 a 453.

<sup>10</sup> Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República

existam formalmente em todos os municípios, ainda é regra serem um arremedo de democracia no mundo real. Obviamente, essa realidade dissonante do ideal normativo impede o exercício da cidadania em sua integralidade.

*A maciça maioria deles ainda não cumpre o seu papel, pois se encontram gravemente desestruturados, adormecidos, como se à espera de um milagroso salvador que possa tirá-los da acomodação instalada. Sofrem da Síndrome da Bela Adormecida, consistente na escolha de manter-se no plano das ilusões pelo receio de assumir responsabilidades, preferindo atribuir a terceiros a razão de sua inércia. Muitos de seus membros permanecem omissos por todo o mandato, ao final do qual alegam, por exemplo, não terem atuado por culpa do Executivo, que não lhes ofereceu apoio.<sup>11</sup>*

Diante da notória baixa efetividade dos conselhos, que quase nunca conseguem intervir na formulação das políticas públicas, cabe ao Ministério Público cobrar a reversão desta “cultura política”, seja por ações junto ao governo para melhor estruturação de referidos colegiados e capacitação de seus membros, seja por medidas em face destes para que construam planos de ação que estabeleçam metas relacionadas com deliberações concretas que reflitam em atividades a serem executadas pelo governo em prol de mudanças sociais. Aqui se ressalta que, com o novo panorama legal, grande parte das decisões sobre políticas públicas não mais decorre de iniciativas isoladas do gestor, e sim passou a ser atribuição dos conselhos sociais, portanto aquelas devem concretizar o que foi deliberado nas conferências. Sabendo-se que, quase sempre, estas tornam-se meras cartas de intenções pela inércia dos conselhos, o Ministério Público precisa cobrar de tais colegiados uma mudança de postura.

Nesse universo de conselhos sociais existentes apenas na forma e ineptos, não há como se falar em verdadeira participação social. O empoderamento da sociedade nos espaços públicos ocorrerá quando os membros dos colegiados possuírem informações suficientes a deliberarem. Para isso, importante a criação ou o fortalecimento dos “movimentos desorganizados”, espaços políticos em que as pessoas ou grupos sociais, sem necessariamente uma liderança formal, atuam como sujeitos, expressando seus pensamentos e potencializando seus esforços participativos para concretização de seus objetivos. Esses grupos, que tem como regra uma organização informal - sem CNPJ, sede própria, estatuto – permitem a inclusão de públicos tradicionalmente excluídos do processo político. A tecnologia digital permitiu que seus integrantes provenham de locais distantes e atuem, movidos pelo ideal que os une, utilizando-se apenas – ou quase sempre – das redes sociais. Reúnem-se em salas de bate-papo, tomam decisões por meio do Whatsapp, mobilizam-se pelo tweeter, divulgam suas ideias pelo facebook, pelos próprios sites ou por rádioweb. Exemplo desse tipo de movimento popular é o Desabafo Social, que, criado em 2011 por uma adolescente, Monique Evelle, “possui colaboradores jovens espalhados por treze estados brasileiros, buscando formas de criar espaços de debates, envolver escolas, comunidades e instituições para promover a cultura de direitos humanos, incentivar e estimular o engajamento de adolescentes e jovens em causas sociais e subsidiar a elaboração e criação de novas iniciativas pensadas por jovens”<sup>12</sup>. Hoje já conta com quase 10mil seguidores no facebook e outros tantos no instagram e no tweeter. É desse tipo de movimento que o Ministério Público precisa aproximar-se, seja para escutar “o chamado das ruas”, seja para descobrir novas lideranças políticas que poderão identificar-se com os ideais da instituição e defendê-los, seja para fortalecer esses grupos sociais como espaços democráticos.

---

<sup>11</sup> MOURA, 2014.

<sup>12</sup> <http://desabafosocial.com.br/quem-somos/>

A NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO  
COM A SOCIEDADE E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

*Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do 'processo democrático', alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático.*<sup>13</sup>

Com os movimentos sociais e sua constante adaptação à sociedade, da qual provêm, o Ministério Público muito aprenderá. As fases de um movimento social, como bem explica MARIA DA GLÓRIA GOHN<sup>14</sup>, têm muito a dizer para informar etapas necessárias ao fortalecimento e à consolidação democrática, papel constitucional do Ministério Público. Ideias, metas e valores a atingir, demandas formuladas, aglutinação de pessoas e interesses, transformações das demandas e reivindicações, organização, formulação de estratégias, práticas de difusão ou execução de projetos, negociações e interlocuções, tudo isso faz parte do processo da organização de qualquer ideia e, por certo, da reestruturação orgânica dessa instituição.

*(...) o Brasil é, também, palco e objeto de movimentos, lutas sociais, e novas redes de associativismo civil por parte da sociedade civil - com iniciativas inovadoras que vão de atos de resistência pacífica, desobediência civil, movimentos sociais, cooperativas de produção, fóruns e assembleias permanentes, redes de ONGs, observatórios da cidadania de acompanhamento de políticas públicas etc. Existe também, por parte da sociedade política, trabalhos em parceria com redes de mobilizações, gerando ações coletivas mais institucionalizadas, assim como interlocuções entre representantes do poder público e da população organizada, como nos diversos conselhos e câmaras de gestão existentes. Focalizamos as ações advindas da sociedade civil, especialmente dos movimentos sociais, ONGs, fóruns e outras entidades associativas.*<sup>15</sup>

Diante das prerrogativas inerentes ao cargo e do caráter técnico que determina o ingresso de novos membros à instituição, quanto maior a aproximação e o diálogo democrático com a sociedade, mais legitimado e resolutivo o resultado do seu trabalho. A ação transformadora protagonizada pelo Ministério Público não terá êxito se ocorrer distanciada da realidade fático-cultural, de forma que as ações ministeriais se efetivarão tanto mais quanto o responsável por executá-las encontrar-se em diálogo com a comunidade local. Não se trata de pautar sua atividade de acordo com a volúvel opinião pública, mas sim de submeter seu agir à sociedade, atentando-se aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência. Esse diálogo somente ocorrerá de forma horizontal se os cidadãos estiverem empoderados, conscientes, informados e integrados aos centros de decisões políticas.

O Ministério Público precisa assumir com mais intensidade seu papel de *ombudsman* da sociedade, como defensor do povo, estimulando a criação de fóruns para diálogo com a comunidade em que está inserido. Deve,

<sup>13</sup> GOULART, Marcelo Pedrosa. Ministério Público e democracia – teoria e práxis, Ed. de Direito, 1998, p. 96

<sup>14</sup> GOHN, 2008, p. 266.

<sup>15</sup> GOHN, 2010, p. 170.

para isso, retornar à origem dessa função, que, primitivamente, era órgão investigador, responsável por controlar as atividades da administração, atendendo aos interesses coletivos, por meio de contato com a comunidade. Promover audiências públicas, participar de conferências, freqüentar reuniões dos conselhos municipais e de associações de moradores são exemplos práticos de que, para o bom desempenho das atribuições extrajudiciais por meio de uma postura pró-ativa, é imprescindível que o Promotor de Justiça abandone a clausura de seu gabinete e mantenha-se acessível e disponível ao povo, destinatário primeiro e último da atuação ministerial.

Órgão importante para a concretização dessa oitiva da população é a ouvidoria, que, num papel de busca ativa de insatisfações e desejos da população, poderá tornar-se elo entre instituição e sociedade. Não deve apenas receber “denúncias” e “reclamações” as quais se limita a encaminhar para manifestação dos membros, muitas vezes sem qualquer observação prévia quanto à pertinência do conteúdo. Pode ir além: reunir-se com grupos sociais para entender suas demandas quanto ao trabalho ministerial; usar das ferramentas virtuais para ouvir a comunidade, como “salas de bate papo” sobre temas específicos, videoconferências com promotores das mais distantes cidades para debater o que, segundo seu sistema, constitui maior número de reclamações dos cidadãos.

É da essência ministerial o dinamismo, a atuação de ofício, o que o impele a conhecer melhor a sociedade a que deve servir para reconhecer os problemas sobre os quais tem de agir. Isso, pois, implica uma relação de confiança com os integrantes da comunidade em que atua, que tem, como pressuposto, uma maior aproximação provocada pela própria instituição. Para isso, o atendimento ao público se mostra como a forma mais eficiente para construir essa credibilidade, de forma que o Promotor (ou o Procurador) não pode furtar-se a reservar pelo menos um dia, a cada semana, para, pessoalmente, ouvir as demandas das pessoas que o procuram, ainda que digam respeito a questões que, em tese, não seriam objeto de uma atuação ministerial.

Não apenas o Promotor de Justiça deve envolver-se com a comunidade, mas também o Procurador-Geral de Justiça, como representante da instituição, precisa prestar contas à população das atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, seja perante os Poderes Legislativo e Executivo, seja principalmente em audiências públicas a serem realizadas tanto na capital como no interior. Para que estas ocorram, assumirá o compromisso de, periodicamente, comparecer a macrorregionais no Estado para ouvir a comunidade, em especial no intuito de colher informações para o planejamento estratégico ministerial. Nada impede, ainda, que use os instrumentos digitais para aproximar-se da comunidade e dos membros, ou seja, promova, nesses encontros regionais, a possibilidade de a população interagir, ainda que a distância, principalmente nos Estados de grandes dimensões territoriais, em que os municípios do interior acabam sentindo-se isolados da capital.

Embora os membros ministeriais não sejam eleitos pela sociedade, a esta deve prestar contas de suas ações, por tratar-se de órgão público ao qual a Constituição garantiu status de Poder. Por assim ser, o Ministério Público deve divulgar os resultados concretos (e não apenas as ações) em prol da sociedade, pois, quanto mais útil e interventivo positivamente mostrar-se, maior será sua legitimação social e, conseqüentemente, terá mais possibilidade de obter investimentos para fortalecer sua estrutura, bem como maior o estímulo de seus membros para continuarem prestando um melhor serviço à comunidade, num círculo virtuoso. Nesse ponto, destaca-se a necessidade de valorização das assessorias de comunicação desse órgão, seja por meio de reforço ao número de profissionais que as integram (muitas vezes, compostas por reduzido quantitativo), seja pelo estabelecimento de um diferenciado viés de atuação: abandonar-se o destaque à pessoa do membro ou do Procurador-Geral para focar-se mais na divulgação da atividade de execução e, principalmente, no resultado para a comunidade obtido com o trabalho objeto da matéria jornalístico-publicitária.

A NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO  
COM A SOCIEDADE E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

*Como titular da ação penal e fiscal da lei, o Ministério Público se aproxima do poder legítimo (movimento vertical de cima para baixo). Em suas funções de defesa dos interesses difusos, substitui-se à sociedade (movimento vertical de baixo para cima), agindo, porém, em nome próprio. Fazendo uso de sua capilaridade e credibilidade, relaciona-se informalmente com os diversos setores da sociedade (movimento horizontal), de modo a contribuir para a consecução de seus objetivos institucionais. (...) Numa sociedade democrática, a credibilidade do Ministério Público não depende do voluntarismo de suas posturas ou da popularidade de suas ações, mas sim do constante zelo pela legalidade, moralidade e impessoalidade de suas práticas e pela capacidade de manter internamente um contínuo processo discursivo para apresentar soluções qualificadas e obter resultados significativos.<sup>16</sup>*

O próprio planejamento estratégico-institucional precisa ser construído com a comunidade destinatária de suas ações, por isso as metas por ele contempladas e as ações voltadas a concretizá-las devem ser objeto de discussão com os integrantes daquela. Nessa linha, não apenas os meios tradicionais podem ser usados, mas também os oriundos das novas tecnologias, como mídias sociais, seja para a divulgação de seu trabalho, seja para o recebimento de denúncia por meio das redes criadas pela própria instituição, seja para a consulta a informações fornecidas nos usados pelas organizações não-governamentais. O investimento em tecnologia e informática, portanto, deve ser um dos pilares a serem estabelecidos, para que se possam construir plataformas de fácil acesso e manuseio tanto pelos membros e servidores quanto pela população em geral, para coleta de dados e transmissão de informações numa via de mão dupla. Não raro, existem unidades federativas de larga extensão com escasso número de profissionais atuando, muitos terceirizados, o que fragiliza a cultura de aperfeiçoamento dos sistemas e dificulta a construção de novos recursos tecnológicos pelo desconhecimento dos técnicos quanto às inúmeras atividades desenvolvidas pelos membros.

Enfim, não mais se concebe um Ministério Público de gabinete, afogado em pilhas de processos, sem disposição nem tempo para fiscalizar *in loco* os fatos e atuar antecipadamente para evitar situações prejudiciais à coletividade que poderão redundar em mais feitos judiciais se não forem resolvidas administrativamente. Propõe-se um plano de atuação compromissado com os grandes problemas sociais na implementação dos direitos fundamentais, uma instituição transformadora que mantenha constante acesso com os movimentos sociais. O Ministério Público precisa sair da clausura e expor-se, inclusive usando recursos tecnológicos voltados a fortalecer seu contato com o real destinatário de sua ação: a sociedade.

### **Proposições**

Para fortalecer a legitimação institucional, mostra-se primordial o contato do Ministério Público com a sociedade, cuja maior expressão são os movimentos sociais, utilizando-se, inclusive, das redes sociais para facilitar a aproximação com estes.

O planejamento estratégico do Ministério Público deve ser debatido com a comunidade destinatária de suas

---

<sup>16</sup> LOYOLA; LOYOLA, 2005, p. 671 e 679.

ações, por isso especialmente os movimentos sociais deverão auxiliar na construção das suas metas e das ações voltadas a concretizá-las.

Importante expressão da democracia participativa, os conselhos sociais merecem maior atenção do Ministério Público, seja para cobrar do Poder Público uma estruturação adequada, seja para exigir daqueles a execução de suas próprias deliberações.

A ouvidoria do Ministério Público pode tornar-se meio de ligação entre instituição e sociedade, ao assumir papel mais ativo e buscar conhecer as demandas dos movimentos sociais, seja em reuniões presenciais, seja por meio de recursos tecnológicos.

O setor de tecnologia e informática do Ministério Público merece maior investimento para fortalecer o contato institucional com a sociedade, por meio da coleta de dados e transmissão de informações por ambos.

As assessorias de comunicação do Ministério Público devem ser fortalecidas, por constituírem relevante meio para divulgação da importância dessa instituição, por isso devem focar mais na divulgação da atividade de execução e no resultado desta para a comunidade.

### **Referências bibliográficas**

BORBA, Isabela Souza de. Poderes constituídos e garantismo perspectivas de uma democracia constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

COSTA, Patrick Pires da; SANTANA, Inocêncio de Carvalho; VAZ, Livia maria Santana e Sant'Anna. In A Identidade do Ministério Público frente às manifestações populares. Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, Gomes e Oliveira, Brasília: 2013, CONAMP.

GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos Sociais. 7a edição São Paulo: Edições Loyola, 2008.

\_\_\_\_\_. GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo. 2a edição. São Paulo: Editora Vozes, 2010.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia – teoria e práxis, Editora de Direito, 1998.

\_\_\_\_\_. Missão Institucional do Ministério Público. Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco, Recife, v. 3, 2000.

LIRA, Júlio César Soares. In Promotorias de Justiça Comunitárias: novo paradigma de atuação do Ministério Público. Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, Gomes e Oliveira, Brasília: 2013, CONAMP.

LOYOLA, Marta Moriya; LOYOLA, Paulo Ricardo Gontijo. Discurso, Democracia e Ministério Público. Teses do XVI Congresso Nacional do Ministério Público, Belo Horizonte: 2005, CONAMP.

MOURA, Millen Castro Medeiros de. *O Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente e seus nós críticos: A Bela Adormecida em berço esplêndido*, in <http://issuu.com/ampeb/docs/revistajuridicaxiicongresso>.

NETTO, Joaquim Cabral. **Ministério Público do Brasil – Visão diacrônica de sua transformação**. “In” Ministério Público. Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional. SABELLA, Walter Paulo. DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. FILHO, José Emmanuel Burle (Coordenadores). São Paulo-SP: Editora Malheiros, 2013.



## ***GRUPOS DE TRABALHO***

# ***GT NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO - ENUNCIADOS***

*LUCIANO BADINI (MPMG)  
ALEXANDRE COURA (MPES)*

## *ENUNCIADO 1:*

### **FORMAÇÃO CONTINUADA**

É necessária a formação continuada de agentes políticos e administrativos do Ministério Público brasileiro em técnicas de negociação, mediação e conciliação.

## *ENUNCIADO 2:*

### **PRINCÍPIOS DIRETIVOS DO EMPODERAMENTO E DO RECONHECIMENTO**

Os agentes políticos e administrativos do Ministério Público adotarão os princípios do empoderamento e do reconhecimento do cidadão para fortalecer uma cultura de paz e o regime democrático.

*ENUNCIADO 3:*

**ACESSO À JUSTIÇA**

Acesso à Justiça não é acesso ao processo, mas à solução do conflito com eficiência, agilidade, qualidade, profissionalismo e compromisso social.

Os métodos autocompositivos não devem ser considerados como alternativas secundárias à Justiça formal, mas como via equivalente na resolução dos conflitos.

*ENUNCIADO 4:*

**MP E A NEGOCIAÇÃO DE CONFLITOS**

Na tutela coletiva, o Ministério Público atua como negociador, compondo diretamente com o responsável. É possível a negociação sem que haja disposição sobre direitos coletivos.

Os limites da negociação devem ser construídos pelo Ministério Público, por meio de produção doutrinária, transformando o inquérito civil no âmbito profícuo para consolidar os métodos autocompositivos.

*ENUNCIADO 5:*

**INQUÉRITO CIVIL**

O inquérito civil deixa de ser somente instrumento para o exercício da ação civil pública, transformando-se prioritariamente em instrumento para a formalização do consenso em seara extrajudicial.

*ENUNCIADO 6:*

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**

Nos termos de ajustamento de conduta não se fará constar apenas a forma, prazo e local do cumprimento da obrigação, mas, de igual sorte, em seus autos ou em decorrência deles, poderão ser celebrados os chamados “negócios jurídicos processuais”, acordos de procedimento destinados a otimizar a atividade jurisdicional (art. 190, novo CPC; art. 16, Res. CNMP118/2014).

*ENUNCIADO 7:*

**CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**

Os negócios jurídicos processuais, a serem celebrados nos autos do Inquérito Civil, poderão dispor, por exemplo, sobre custeio do meio de prova, escolha consensual de perito e reconhecimento de perícia realizada, nos autos do IC, por técnico do MP ou nomeado pelo Parquet.

*ENUNCIADO 8:*

**MP INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O agente político do Ministério Público Resolutivo habilita-se como negociador e indutor de políticas públicas e, assim, promove o acesso à Justiça, no papel de protagonista de uma instituição indutora de políticas públicas.

*ENUNCIADO 9:*

**INSTITUCIONALIZAÇÃO DE MEIOS  
AUTOCOMPOSITIVOS NO ÂMBITO DO MP**

Deve ser reconhecida a importância da institucionalização dos meios autocompositivos no âmbito do Ministério Público, de acordo com a Resolução 118/CNMP, com a consolidação do regramento e a garantia de continuidade dos programas.

Isso implica estruturação material e pessoal com capacitação, especialização e aperfeiçoamento dos agentes, acompanhamento estatístico e avaliação dos usuários.

*ENUNCIADO 10:*

**ESTRUTURA E PARADIGMAS DE NEGOCIAÇÃO**

Para a atuação compositiva do Ministério Público é salutar:

- a) a organização de um núcleo de mecanismos consensuais, com órgão de execução similar ao

dos grupos de atuação especial, sob a coordenação de um agente político do Ministério Público e execução a cargo de uma pessoa habilitada para autocomposição;

b) a construção de paradigmas próprios da negociação coletiva, com mitigação do princípio da confidencialidade e predominância da publicidade.

#### *ENUNCIADO 11:*

### **MP: INSTITUIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA**

A negociação e a mediação, como métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, devem ser implementados e adotados nos diversos ramos e unidades do MP brasileiro, a fim de que o MP cumpra sua missão constitucional como instituição de acesso à justiça.

#### *ENUNCIADO 12:*

### **ESCOLAS INSTITUCIONAIS**

A negociação e a mediação são métodos de tratamento adequado de conflitos e como tal devem ser aplicados pelo Ministério Público com técnica, razão pela qual cabe às escolas institucionais aprovar e implementar projeto de capacitação de todos os agentes políticos e administrativos em técnicas de negociação e mediação.

#### *ENUNCIADO 13:*

### **CONDUÇÃO DA MEDIAÇÃO PELO MP**

A mediação, como método autocompositivo de tratamento de conflitos, pode ser conduzida pelos agentes políticos e administrativos do Ministério Público, para tanto capacitado, cabendo apenas ao membro o referendo de acordos produzidos no processo de mediação.

*ENUNCIADO 14:*

**HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL**

O acordo produzido no processo de mediação, uma vez referendado pelo membro do Ministério Público, tem eficácia de título executivo extrajudicial, conforme previsão do art.20, p. único da Lei 13.140/2015 e art.784, IV da Lei 13.105/2015, devendo ser levado à homologação judicial quando:

- a) houver processo judicial suspenso relativo àquele conflito;
- b) a lei exigir que o ato seja constituído ou declarado por decisão judicial.

*ENUNCIADO 15:*

**REGISTRO DA ATUAÇÃO PELA CORREGEDORIA**

O processo de mediação conduzido pelo Ministério Público é extrajudicial e, por tal razão, recomenda-se que a atuação do agente político e administrativo no processo ou procedimento seja registrada, nos termos e forma definidos pela Corregedoria de cada unidade

*ENUNCIADO 16:*

**SISTEMAS DE ACESSO AOS BANCOS DE DADOS INFORMATIZADOS**

O Ministério Público deve implantar sistemas de acesso aos bancos de dados informatizados para subsidiar os métodos autocompositivos de resolução de conflitos.

# ***GT A ATUAÇÃO DO MP EM SEGUNDA INSTÂNCIA – NOVAS PERSPECTIVAS***

## **CONCLUSÕES/ENUNCIADOS:**

1. O Procurador de Justiça tem legitimidade para a atividade extrajudicial, no âmbito de suas atribuições;
2. O Colégio de Procuradores detém legitimidade para debater no Órgão Especial o redimensionamento das atribuições do MP em segundo grau;
3. É necessário reavaliar a função preponderante de parecerista das Procuradorias de Justiça;
4. É necessário especializar as Procuradorias de Justiça e estabelecer formas de atuação integrada e colaborativa entre membros do primeiro e segundo graus, com padronização de atuação e identificação de teses institucionais.

# ***GT COMBATE À CORRUPÇÃO***

## **CONCLUSÃO/ENUNCIADO:**

1. O Brasil deve propiciar, por meio de Convenções ou Tratados Internacionais, a cooperação jurídica direta com todos os Países com os quais mantém relações diplomáticas.



# ***GT DA EDUCAÇÃO***

## **CONCLUSÕES/ENCAMINHAMENTOS**

1. Solicitação ao GT 08 do CNMP (Educação) para que seja postulada à Procuradoria-Geral da República:
  - a) a análise quanto à constitucionalidade da parte final da meta 01 da Lei 13.005/14 (Plano Nacional de Educação), que renova a meta da lei 10.172//01, de atendimento de 50% das crianças de 0 a 03 anos no prazo de 10 anos;
  - b) a consideração, na manifestação a ser proferida na ADIN 5357, proposta pela CONFENEN em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, dos Enunciados da Comissão Permanente de Educação (COPEPUC), aprovados pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG), já encaminhados à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) pela referida Comissão.
2. Solicitação ao GT 08 do CNMP (Educação) para a realização de ação nacional na fiscalização do cumprimento do art. 10 da Lei 13.005/14 (Plano Nacional de Educação), que versa sobre a necessidade de previsão orçamentária suficiente ao cumprimento das metas do referido plano;
3. Solicitação ao GT 08 do CNMP (Educação) para a realização de ação nacional na fiscalização do cumprimento do art. 9º da Lei 13.005/14, que fixa prazo até junho de 2016 para que todos os entes federativos elaborem suas leis sobre a gestão democrática;
4. Solicitação à Comissão Permanente de Educação-COPEPUC/GNDH/CNPNG de intensificação na atuação do Ministério Público na fiscalização do cumprimento da Resolução nº 01/2012 do Conselho Nacional de Educação (Diretrizes para a Educação em Direitos Humanos);
5. Solicitação ao GT 08 do CNMP (Educação) para a verificação do trâmite da minuta de recomendação conjunta COPEPUC/COPEIJ e Conselho Nacional do Ministério Público no tocante à universalização da pré-escola e a ampliação das vagas em creche, também na perspectiva da educação inclusiva, observado o encaminhamento do item 01, alínea a) e à criação das Promotorias, Ofícios e Centros de Apoio Operacional com atuação exclusiva na educação.

# ***GT INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES***

## **ENUNCIADOS/CONCLUSÕES:**

1. Para se atingir a efetividade da atuação do MP brasileiro é fundamental a estruturação de assessorias de recurso constitucional em cada Estado, providas de estrutura necessária;
2. No âmbito externo, guardadas as peculiaridades de cada Estado, é necessário o intercâmbio entre os MP's dos Estados.

# ***GT VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES***

## **CONCLUSÕES/ENUNCIADOS:**

1. Criar formas de controle da fiscalização dos serviços especializados. Elaboração de Resolução pelos PGJs ou Corregedorias. (No MPRJ já temos uma regulamentação)  
Mapear a rede de serviços especializados, em especial os Centros Especializados de Atendimento à Mulher e Casas-Abrigo. (encontra-se em criação um módulo na informática específico para essa finalidade no MPRJ)
2. Fomentar a interação entre as PJs de Violência Doméstica e de Tutela Coletiva, visando a estruturação da política pública voltada para o enfrentamento à violência contra a mulher.
3. Fomentar maior interação entre as Polícias, MP e da Magistratura, visando a agilidade no atendimento à mulher em situação de violência.

Por fim, os colegas sugeriram que no próximo Congresso Nacional fossem destinados outros painéis à Violência contra a Mulher.

# ***GT O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA***

## **CONCLUSÕES/ENCAMINHAMENTOS:**

1. Implementar a lei brasileira de inclusão, estatuto da pessoa com deficiência;
2. Encaminhar solicitação ao CNJ no sentido de orientar os juízes para que na aplicação da lei aos institutos de curatela e tomada de decisão apoiada observem a constituição de equipe composta por profissionais da área da saúde mental;
3. Encaminhar solicitação ao CNJ para manter em seus quadros remunerados profissionais que possam ser indicados como curadores judiciais quando não houver curadores indicados no processo de curatela;
4. Solicitar à Corregedoria do CNMP a inserção de garantia de acessibilidade do MP nos itens de avaliação de suas inspeções e correições.

**ENUNCIADO DO  
COORDENADOR CIENTÍFICO**

# **TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E PARTICIPAÇÃO EM ESPETÁCULOS PÚBLICOS**

*Emerson Garcia(MPRJ)*

Compete ao Juízo da Infância e da Juventude, atraindo, por via reflexa, a intervenção do Ministério Público Estadual, a análise dos pedidos de autorização para o trabalho de crianças e adolescentes e para a sua participação em eventos artísticos e desportivos, tratando-se de matéria estranha aos incisos I e IX do art. 114 da Constituição da República, que dispõem sobre a competência da Justiça do Trabalho.